

L'Application des textes de l'OHADA aux entreprises publiques: l'exemple de l'AUSC et GIE

Citation for published version (APA):

Boukari, S. (2015). L'Application des textes de l'OHADA aux entreprises publiques: l'exemple de l'AUSC et GIE. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Uitgeverij BOXPress.
<https://doi.org/10.26481/dis.20150612sb>

Document status and date:

Published: 01/01/2015

DOI:

[10.26481/dis.20150612sb](https://doi.org/10.26481/dis.20150612sb)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

**l'Application des textes de l'OHADA
aux entreprises publiques :
l'Exemple de l'AUSC et GIE**

Salifou Boukari

Cover design: Proefschriftmaken.nl || Uitgeverij BOXPress
Printed & Lay Out by: Proefschriftmaken.nl || Uitgeverij BOXPress
Published by: Uitgeverij BOXPress, 's-Hertogenbosch

l'Application des textes de l'OHADA aux entreprises publiques : l'Exemple de l'AUSC et GIE

DISSERTATION

To obtain the degree of Doctor at Maastricht University,
on the authority of the Rector Magnificus, Prof. dr. L.L.G. L. Soete
in accordance with the decision of the Board of Deans, to be defended in public
on Friday 12 June 2015, at 12.00 hours

by

Salifou Boukari

Co-Directeur de thèse : Professeur Dr. Michael G. FAURE LL.M., Université de Maastricht.

Co-directeur de thèse : Professeur Akuété SANTOS, Université de Lomé

Assesseurs : Professeur mr. F.A.M. STROINK, Président

Professeur mr. M.J. KROEZE, Université Erasme Rotterdam

Professeur mr. C.A. SCHWARZ, Université de Maastricht

Professeur Joeri VANANROYE, Université Catholique de Louvain

«L’Université de Lomé, la Faculté de droit de l’Université de Lomé et la Faculté de Droit de l’Université de Maastricht n’entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur»

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Codes et Lois

OHADA	: Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique.
A.U.D.C.G.	: Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général.
A.U.S.C et G.I.E.	: Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et Groupement d'Intérêt Economique.
A.U. Compt.	: Acte Uniforme relatif au Droit Comptable
A.U. Proc. Coll.	: Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives
A.U. Proc. S. V. Exec.:	Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées
A.U. Sur.	: Acte Uniforme portant organisation des sûretés
C. civ.	: Code civil français
C. com.	: Nouveau Code de commerce français
C. Pr. Civ.	: Code de procédure civile.

Jurisprudence.

C. A.	: Cour d'Appel
C.A.A.	: Cour Administrative d'Appel.
Cass.	: Cour de cassation
Cass. Civ.	: Cour de cassation chambre civile
Cass. Com.	: Cour de cassation chambre commerciale
Cass. Crim.	: Cour de cassation chambre criminelle
Cass. Soc.	: Cour de cassation chambre sociale
C.C.	: Conseil Constitutionnel.
C. C. J. A.	: Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.
Ch.	: Chambre
C. J. C. E.	: Cour de Justice des Communautés Européennes.
Req.	: Chambre des requêtes de la cour de cassation.
T.G.I.	: Tribunal de grande instance.
Trib. Com.	: Tribunal de commerce.

Revues.

Ann.	: Annales.
A.J.D.A.	: Actualité juridique – droit administratif.
A.J.F.P.	: Actualité juridique – fonction publique
B.C.N.C.C.	: Bulletin du conseil national des commissaires aux comptes.
Bull.	: Bulletin.
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles).
Bull. crim.	: Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre criminelle).
Bull. joly	: Bulletin joly.
Cah. Dr. entr.	: Cahier de droit de l'entreprise (complément du juris-classeur périodique – Semaine juridique- édition entreprise).
CJFE/CFCE	: Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation du Centre Français du Commerce Extérieur.
Chron. Ou Chr.	: Chronique.
D.	: Recueil Dalloz.

D.F.	: Documentation Française.
D.H.	: Dalloz hebdomadaire.
D.P.	: Dalloz Périodique.
D.S.	: Dalloz Sirey.
Doctr.	: Doctrine.
Droit soc.	: Revue de Droit Social.
Ed.	: Edition.
Gaz. Pal.	: La Gazette du Palais.
G.A.J.A.	: Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative.
IR.	: Informations rapides du recueil Dalloz.
J. Cl.	: Juris classeur.
J.C.P.	: Jurisclasseur Périodique (semaine juridique)
JCP éd. E.	: Semaine juridique édition entreprise.
JCP éd. G.	: Semaine juridique édition générale.
L.G.D.J.	: Librairie Générale de Droit Administratif.
P.A.	: Petites affiches.
P.U.F.	: Presse Universitaire de France.
R.A.	: La Revue Administrative.
RDAI/IBLJ	:Revue de droit des affaires internationales/International business law journal.
R.D.P.	: Revue de Droit Public (Administratif).
Rép. Dalloz	: Encyclopédie Dalloz.
Rev. Soc.	: Revue des sociétés
RID	: Revue ivoirien de droit.
RID éco.	: Revue internationale de droit économique.
RID Comp.	: Revue internationale de droit comparé.
R.J.D.A.	: Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R.S.D.	: Revue sénégalaise de droit.
RTD com.	: Revue trimestrielle de droit commercial.
RTD eur.	: Revue trimestrielle de droit européen.
S.	: Sirey.

Autres abréviations.

AG	: Assemblée Générale
AGO	: Assemblée Générale Ordinaire
AGE	: Assemblée Générale Extraordinaire
Art.	: Article.
Al.	: Alinéa.
CA	: Conseil d'Administration
CEDEAO	: Communauté Economique des Etat de l'Afrique de l'Ouest
CEMAC	: Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale
Comm.	: Commentaires.
Comp.	: Comparer.
Coll.	: Collection.
Concl.	: Conclusion.
D.G.	: Directeur Général.
éd.	: Edition.
Ex.	: Exemple.
E.A.R.L.	: Entreprise agricole à responsabilité limitée.
EURL	: Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.
Infra	: Ci-dessous/plus bas dans le texte.

J.O.	: Journal officiel de la République française.
N°	: Numéro.
Obs.	: Observations.
Op. cit.	: Ouvrage précité (opere citato)
Ord.	: Ordonnance.
P.	: Page.
PCA	: Président du conseil d'administration.
PDG	: Président directeur général.
RCCM	: Registre du commerce et du crédit mobilier.
S.	: Suivant (e) s (numéro ou pages).
S.A.	: Société anonyme.
S.A.R.L.	: Société à responsabilité limitée.
S.A.S.	: Société par actions simplifiée.
S.A.S.U.	: Société par actions simplifiée unipersonnelle.
S.C.A	: Société en commandite par actions.
S.C.S.	: Société en commandite simple.
S.N.C.	: Société en nom collectif.
Somm.	: Sommaire.
Supra.	: Ci-dessus/plus haut dans le texte.
t.	: Tome.
UDEAC	: Union des Etats d'Afrique Centrale
UEMOA	: Union Economique et Monétaire Ouest Africain
V.	: Voir.
Vol.	: Volume.

DEDICACE

A toi mon épouse **Fousséna** et à nos enfants chéris **Mubarak, Bilal, Fatima** et **Jinane**, je dédie cette thèse.

REMERCIEMENTS

Sans le concours et le soutien de certaines personnes, les travaux de recherche qui ont abouti à l'élaboration et à la finalisation de cette thèse de doctorat en droit n'auraient pas pu avoir lieu.

Qu'il me plaise donc de remercier et témoigner ma gratitude à mon co-Directeur de thèse le Professeur **Akuété SANTOS** des Universités de Lomé et de Kara au Togo, une référence intarissable qui m'a inspiré sur la richesse du droit OHADA, un monument qui fait du droit une science exacte et m'a été tout au long de la rédaction de la présente thèse, d'un soutien inestimable ; qu'il trouve à travers cette œuvre, le couronnement de ses conseils et de sa rigueur.

Le Professeur **Michael FAURE**, co-Directeur de la présente thèse de l'Université de Maastricht aux Pays Bas, une référence intarissable qui m'a inspiré sur la nécessité d'un travail bien fait, qu'il trouve à travers cette œuvre, le couronnement de sa contribution.

Le Professeur, **Filiga Michel SAWADOGO**, agrégé des Facultés de Droit, Titulaire Université de Ouagadougou (Burkina Faso), qui très tôt m'a encouragé à persévérer dans mes recherches ; qu'il en soit remercié pour ses multiples conseils lors de mes passages à Ouagadougou.

Au président et aux Honorables membres du Jury, pour leur contribution enrichissante en vue de l'amélioration de cette thèse.

Je remercie également, particulièrement madame **ANANI Epouse AGBESSI Afiavi Eenynam**, juriste, dont les encouragements ne m'ont pas fait défaut.

Au Maître **AGNINA Yacoubou**, Docteur en Droit, enseignant à l'Université de Lomé (Togo), pour son encouragement à poursuivre les travaux de recherche, je dis merci.

A Monsieur **ATCHA-DEDJI Affoh**, Directeur général de la Société TOGO CELLULAIRE, pour son esprit d'ouverture et sa vision, j'exprime ma reconnaissance.

Un grand merci à tous les auteurs dont les réflexions et les écrits ont permis d'illustrer la problématique de cette thèse.

Enfin, à mes collègues de la société TOGO CELLULAIRE, et plus particulièrement, Monsieur **ADOM'MEGAA Boniface**, Responsable des ressources Humaines, je vous prie de trouver ici, ma modeste manière de vous dire merci.

Résumé en français.

Sans une définition précise que ce soit sur le plan légal ou sur le plan juridique, l'entreprise publique ne doit son appellation que par la participation du pouvoir public dans son capital. Aussi, importe-t-il de préciser que la notion de pouvoir public n'est pas elle-même très claire. L'on estime qu'elle est l'Etat devenu actionnaire et donc garant de l'intérêt social. L'entreprise publique étant considérée comme celle qui appartient, en totalité à l'Etat et jouissant dans le même temps d'une autonomie, ne peut avoir sa « survie » que grâce à un droit adapté à sa nature et à une bonne organisation des organes qui la composent. Ainsi, ne peut-elle fonctionner que si les tâches à accomplir par les organes sociaux, sont réparties de façon précise et si le rôle de chacun dans l'entreprise publique est clairement défini par la loi. Le législateur OHADA n'a pas hésité à soumettre l'entreprise publique à l'AUSC et GIE. Mais l'origine publique de celle-ci constitue, tant soit peu, un frein à sa soumission stricte de l'AUSC et GIE. D'où un nécessaire rapprochement des ordres juridiques nationaux et communautaire par une coordination. Ce qui implique une interdépendance entre les dispositions de l'AUSC et GIE et celles issues des textes nationaux. Les deux ordres juridiques demeurent autonomes, et ne s'influencent pas mutuellement. L'on aboutit dans l'espace OHADA à une dualité textuelle pour répondre aux exigences de l'entreprise publique commerciale, avec comme repère et socle l'AUSC et GIE; les textes nationaux ne jouant qu'un rôle complémentaire et subsidiaire.

Mots clés en français: AUSC et GIE, ordres juridiques nationaux, entreprise publique, Etat actionnaire, organes sociaux, l'intérêt social.

Summary

Without a precise definition either legally or on the judicial basis, public company owes its name through the participation of public power in its capital. Also, one has to make it clear that the concept of public power is not itself very clear. It is estimated that it is the state which became a shareholder and thus guarantor of social interest. The public company is regarded as the one which belongs wholly to the state and at the same time enjoying autonomy, cannot have its "survival" thanks to a law adapted to its nature and a good organization bodies that comprise it. Thus, it can only work function if the tasks to be performed by the corporate bodies are distributed accurately and if the roles in the public company are clearly defined by law. OHADA legislators did not hesitate to submit to the public company the Uniform Act related to commercial enterprises (AUSC) and Economical interest groups (GIE). But public behind it is, ever so slightly, an obstacle to its strict submission of AUSC and Economical interest group. Hence, a necessary approximation of national and community by coordinating legal systems. This implies interdependence between the provisions of the Uniform Act related to commercial enterprises and the Economical interest groups and those from national laws. The two national legal systems remain autonomous and do not influence each other. The results are in OHADA space textual duality to meet the demands of commercial enterprise, with the base and mark of the Uniform Act related to commercial enterprises and the Economical interest group; national texts playing a complementary and subsidiary role.

French keywords: AUSC and GIE, national legal systems, public company shareholder, state governing bodies, corporate bodies, social interest.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE.....	17
LA TRANSFORMATION DU PAYSAGE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE PAR L'INTRODUCTION DES REGLES NOUVELLES OHADA	17
TITRE I :	21
LES MUTATIONS DE LA NOTION D'ENTREPRISE PUBLIQUE DANS LE CADRE DU DROIT DE L'OHADA	21
CHAPITRE I : L'ENTREPRISE PUBLIQUE DETACHEE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.....	24
Section I. L'application exclusive des règles relatives aux sociétés commerciales à l'Etat actionnaire	24
Section II. Le relatif affaiblissement du régime juridique de l'entreprise publique par le droit OHADA	39
CHAPITRE II. LE TRANSFERT CORRELATIF DES POUVOIRS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AUX DIRIGEANTS SOCIAUX DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE.....	49
Section I. L'étendue des pouvoirs des dirigeants de l'entreprise publique	49
Section II. Les risques liés à l'exercice des pouvoirs par les dirigeants sociaux de l'entreprise publique	65
TITRE II :	83
LES TEXTES NATIONAUX RESIDUELS RESISTANT A L'APPLICATION DE L'AUSC ET GIE A L'ENTREPRISE PUBLIQUE	83
CHAPITRE I. L'APPARTENANCE DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE A LA PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC	85
Section I. L'Etat au centre de l'entreprise publique	85
Section II : L'intervention de l'Etat pouvoir dans l'entreprise publique.....	99
CHAPITRE II : L'INTERFERENCE DES REGLES DE DROIT INTERNE DANS LA GESTION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE	110
Section I : L'interférence du droit interne voulue par l'AUSC et GIE.....	110
Section II. L'interférence imposée des procédures administratives à l'entreprise publique	120
DEUXIEME PARTIE :	131
L'APPLICATION STRATIFIEE DES REGLES DU DROIT INTERNE ET DE L'AUSC ET GIE A L'ENTREPRISE PUBLIQUE	131
TITRE I : UNE COHABITATION JUSTIFIEE	135
CHAPITRE I. La force du lien organique	137
SECTION I. La qualité « publique » de l'actionnaire	137
SECTION II. L'incertaine séparation des fonctions de l'Etat puissance publique et de l'Etat actionnaire	144
CHAPITRE II : L'incapacité du droit administratif à s'appliquer à l'entreprise publique commerciale.....	158
SECTION I. Un domaine matériel inadapté	158
SECTION II. Les caractéristiques du droit administratif inadéquates	166
TITRE II. UNE APPLICATION DEPENDANTE DES AMENAGEMENTS	181
Chapitre I. Une application négociée.....	183
Section I. La reconnaissance de la primauté des règles de l'AUSC et GIE sur les principes du droit administratif	183

Section II. La conciliation entre les règles l'AUSC et GIE et les règles de protection de l'intérêt général	195
Chapitre II. Des aménagements possibles.....	206
Section I. La redéfinition des pouvoirs des organes sociaux dans le respect de l'AUSC et GIE	206
Section II. Le complètement des statuts de l'entreprise publique.....	219
CONCLUSION GENERALE	234

INTRODUCTION GENERALE

Au moment des indépendances⁽¹⁾ et bien avant l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique)⁽²⁾, la volonté de regroupement économique et juridique s'était manifestée en Afrique par la création de plusieurs ensembles et sous-ensembles régionaux. Déjà en 1963, trois ans après l'indépendance de la plupart des Etats partie au Traité OHADA, les ministres de la justice des pays francophones souhaitaient l'harmonisation de leur droit⁽³⁾. L'OHADA fait donc suite à ces multiples instruments juridico – économiques dont, pour la plupart, la survie a été de courte durée⁽⁴⁾. L'on peut citer comme exemples, le BAMREL⁽⁵⁾, l'OCAM⁽⁶⁾ et la CIPRES⁽⁷⁾. L'une des conditions qui a manqué pour l'effectivité et l'efficacité de ces unions étaient, sans nul doute, la cohérence juridique. C'est, pourquoi sans doute, au-delà de la mission économique, le traité OHADA s'est assigné une mission basée pour l'essentiel sur l'intégration juridique. Pour atteindre cet objectif, certains instruments juridiques désignés sous le vocable d' « Actes Uniformes » ont été adoptés par les Etats concernés⁽⁸⁾. Par cette réforme uniformisante, les Etats parties au traité ont voulu mettre

(1) nous nous plaçons au moment des indépendances, période au cours de laquelle la plupart des pays aujourd'hui OHADA, étaient soumis au principe de la spécialité législative ; ainsi donc les lois françaises ne s'appliquaient que si elles avaient fait l'objet d'une extension spéciale.

(2) Traité du 17 octobre 1993 signé à Port Louis par certains Etats d'Afrique. Sur le plan organique, l'OHADA se matérialise par une Conférence des chefs d'Etats et de Gouvernement, un Secrétariat permanent, une Ecole supérieure de la magistrature, un Conseil des ministres et une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

(3) M. BOLMIN, G. BOUILLET – CORDONNIER et K. MEDJAD, « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc » *Journal du droit international*, 1994, p. 375 et s.

(4) Sur les différents traités d'intégration économique qui ont vu le jour, par exemple en Afrique de l'Ouest, v. Jean Yado TOE, "Quel ordre juridique dans les Etats de l'Afrique de l'Ouest ?", in : *Actes du Séminaire sous régional sur La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, Ouagadougou, 6-10 octobre 2003, Ed. GIRAF (2004), 15-32, n° 8-9.

(5) Bureau Africain et Malgache de Recherche et d'Etudes sur les législations. Sa mission était de préparer des codes et lois devant être introduits dans le droit interne des pays. Faute de subvention, cette tentative a échoué.

(6) L'Organisation de Coopération Africaine et Malgache, organisme dissout en 1986.

(7) La Convention Générale de la Sécurité Sociale elle date de septembre 1992. Elle réunit 14 pays, Etats francophones dont les objectifs étaient de fixer des règles communes de gestion et de comptabilité, de réaliser des études et d'élaborer des propositions pouvant permettre d'harmoniser des dispositions législatives et réglementaires applicables aux organismes et aux régimes de sécurité sociale.

(8) - l'Acte Uniforme sur le droit commercial général dont les dispositions définissent et réglementent le statut des commerçants, personnes physiques ou morales, le bail commercial, le fonds de commerce et les intermédiaires de commerce révisé et adopté le 15 décembre 2010 à Lomé ;

- l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE qui organise les règles de fonctionnement des sociétés commerciales et des GIE ; révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou, entré en vigueur le 5 mai 2014.

- l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés qui régit les sûretés, personnelles mobilières et immobilières révisé et adopté le 15 décembre 2010 à Lomé ;

- l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Il organise les procédures judiciaires simples à mettre en œuvre par tout créancier pour faire obligation à son débiteur à exécuter ses engagements. Il prévoit l'injonction de payer une somme d'argent et l'injonction de délivrer ou restituer un bien ;

- l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui organise les procédures collectives d'apurement du passif sur décision et sous contrôle de la justice et définit les sanctions applicables au débiteur et aux dirigeants des entreprises.

- l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage qui est le droit commun exposant les principes de l'arbitrage et ses différentes étapes ;

fin à la diversité des lois régissant chacun d'eux en matière du droit des affaires. Dans leur globalité, l'ensemble des Actes Uniformes règlemente les activités économiques des commerçants personnes physiques et morales. La curiosité du législateur africain est allée jusqu'à inclure toutes les sociétés commerciales, mêmes celles dans lesquelles un Etat ou une personne morale de droit public est associé dans le champ d'application de ces Actes Uniformes. L'on constate cependant dans la pratique que l'application de chacun des Actes Uniformes de l'OHADA précités à l'entreprise publique ne peut que connaître des zones d'ombre qui ne relèvent pas seulement de l'interprétation de ces Actes Uniformes, mais également des difficultés de leur application. C'est pourquoi, il est intéressant de se pencher sur une étude sur l'application de ses Actes Uniformes à la société dans laquelle l'Etat est actionnaire.

Mais dans le cadre de la présente étude, l'on s'attachera uniquement à relever et à analyser les problèmes d'application de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique adopté le 17 avril 1997 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 aux entreprises publiques⁽⁹⁾.

Cet Acte Uniforme retient comme commerciales par leur forme, les Sociétés en nom collectif (SNC), celles dans laquelle tous les associés ont la qualité de commerçants et répondent ainsi indéfiniment et solidairement du passif (articles 270 à 292), les sociétés en commandite simple (SCS), où coexistent les commandités et les commanditaires (articles 293 à 308), les sociétés à responsabilité limitée (SARL), une société empruntant aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux (articles 309 à 384), les sociétés anonymes (SA et SAU), dans lesquelles les actionnaires ne sont responsables qu'à hauteur de leurs engagements (articles 385 à 853), les sociétés occultes comme les sociétés en participation et les sociétés de fait (articles 854 à 863 et 864 à 868) les groupements d'intérêt économique (GIE) ayant pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité (articles 869 à 885.) et les Sociétés par Actions Simplifiées (SAS)⁽¹⁰⁾ qui peuvent être constituées par une ou plusieurs personnes physiques ou morales et qui organisent librement le fonctionnement de celles-ci sous réserve des dispositions impératives de l'AUSC et GIE (articles 853-1 à 853-23).

Parmi ces diverses formes de sociétés énumérées ci-dessus, seule la société anonyme retiendra notre attention car, en plus du fait qu'elle constitue, à notre entendement, la cheville ouvrière de l'arsenal juridique OHADA, la plupart des entreprises publiques dans l'espace OHADA sont constituées sous cette forme.

- l'acte uniforme relatif au droit comptable qui prévoit l'organisation comptable de toutes les sociétés commerciales implantées dans les Etats parties.

- l'Acte uniforme sur le contrat de transport de marchandise par route qui s'applique à tous les contrats de transport par route lorsque le départ et la destination de la marchandise sont situés sur le territoire d'un Etat partie.

- et l'Acte Uniforme relatif au Droit des sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010.

⁽⁹⁾ Acte uniforme adopté à Cotonou le 17 avril 1997 et paru au J O OHADA n°2 du 1^{er} octobre 1997 révisé le 30 janvier 2014 et entré en vigueur le 5 mai 2014.

⁽¹⁰⁾ Cette société a été introduite dans l'AUSC et GIE révisé le 30 janvier 2014.

Il est connu que les Etats parties au Traité OHADA disposaient, chacun en ce qui le concerne, sa ou ses lois auxquelles étaient soumises les entreprises publiques ou privées. La question qui se pose est alors celle de savoir si un espace juridique qui se veut cohérent peut – il vivre dans un contexte où il y a pléthore de sources de droit, communautaire et national avec les risques inhérents à cette situation ? Evidemment une coexistence juridique du droit communautaire et du droit national fera naître des conflits de normes dont on sait qu'ils affectent les bases essentielles des ordres juridiques en présence ; or comme le soulève Gilles Sixte FELIHO, tout refus d'application du droit communautaire mettra en cause la primauté de celui – ci⁽¹¹⁾.

En effet, l'AUSC et GIE, un instrument juridique mis sur pied suite au traité OHADA régissant les sociétés commerciales dans un espace géographique déterminé⁽¹²⁾, s'est inspiré du cadre juridique déjà retenu par les lois et les codes français de 1807, 1966, 1978 et 1985⁽¹³⁾. Il a donné naissance à des règles dont l'existence est antérieure à leur consécration en terre africaine. Dans le même temps, le Traité OHADA consacre la primauté du droit communautaire sur le droit national en énonçant clairement en son article 10 que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieure ou postérieure ». L'avis n°002/99/EP du 13 octobre 1999⁽¹⁴⁾ a corroboré cet article en confirmant la supériorité du droit uniforme sur les dispositions des droits internes. La règle est d'autant plus forte qu'aucune réserve n'est admise au Traité de 1993, selon les termes de l'article 54 du même Traité.

Au-delà de toute considération, la volonté de modernisation juridique et judiciaire du législateur OHADA, pour être bénéfique doit être effective ; comme l'écrit le Doyen CARBONNIER⁽¹⁵⁾ « ce qui n'est pas effectif n'est point du droit ».

Ceci confirmant ainsi la pensée de CHARMONT⁽¹⁶⁾ selon qui « la loi ne peut se passer de l'adhésion de ceux auxquels elle s'applique et cette adhésion implique qu'elle s'impose à leur raison ». Il est donc agréable que l'AUSC et GIE soit mis sur pied, mais encore faudrait – il que son application réponde à l'environnement de l'ensemble des personnes physiques ou morales pour lesquelles il a été érigé. Cette vision peut, bien sûr, soulever

⁽¹¹⁾ Gilles Sixte FELIHO, expert juridique international, in *Revue de l' Union Economique et Monétaire Ouest Africain, séminaire sous régional de sensibilisation sur le droit communautaire du 6 octobre 2003*.

⁽¹²⁾ Aire géographique de dix-sept Etats recouvrant le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, le Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la RD Congo (depuis le 1^{er} avril 2010), le Sénégal, le Tchad et le Togo.

⁽¹³⁾ Code du commerce de 1807, livre III ancien; Loi n° 66 – 537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ; Loi n° 78 – 9 du 4 janvier 1978 qui a fait de la recherche de l'économie une finalité de la société ; Loi du 11 juillet 1985 portant création de l'EURL.

⁽¹⁴⁾ Avis n° 002/99/EP du 13 octobre 1999 sur demande de la République du Mali, Cf. Recueil de jurisprudence de la CCJA numéro spécial, janvier 2003, p. 71 ; ohadata J. 02-02. CCJA : règlement de la cour Commune de Justice et d'arbitrage du 18 avril 1996 modifié par règlement n° 01/2014 du 30 janvier 2014.

⁽¹⁵⁾ CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^è éd. LGDJ, 1988 ; rapporté par Robert NEMEDEU, lors de son intervention au CRDP (Faculté de Droit de Nancy) le 19 janvier 2005.

⁽¹⁶⁾ CHARMONT, *Le droit et l'esprit démocratique, travaux et mémoires de Montpellier*, Paris, Masson et Cie éditeur, 1908, p. 16, rapporté par Robert NEMEDEU, lors de son intervention au CRDP (Faculté de Droit de Nancy) le 19 janvier 2005

une autre question, à savoir s'il appartient, dans le cas de notre étude, aux entreprises publiques de s'accommoder à l'AUSC et GIE ou c'est à celui – ci de prendre en considération, lors de ses probables révisions, la nature juridique de ces entreprises? Cette question ne mériterait pas d'être posée si l'Etat actionnaire ou propriétaire de ces entreprises n'était pas soumis à une autre branche du droit qu'est le droit administratif.

Tout compte fait, l'adhésion sans réserve des Etats parties au traité de l'OHADA est une étape importante franchie ; mais la réalisation de l'intégration économique par le biais de l'uniformisation du droit des affaires dans l'espace OHADA ne peut se faire sans heurts quant à l'application de ce droit aux entreprises publiques. Considérant le rôle Important que celles-ci jouent dans l'économie nationale des Etats parties et le fait que les Actes uniformes prévoient qu'il ne doit exister aucune discrimination entre entreprises publiques et sociétés privées dans l'application des règles seraient deux objectifs difficilement conciliables. En effet, une interprétation combinée des articles 1^{er} AUSC et GIE et celui relatif au droit commercial général aboutit à la conclusion que l'entreprise publique ne peut se soustraire de l'application desdits Actes uniformes. Il ressort de cette combinaison également que tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes les sociétés commerciales dans lesquelles un Etat est associé opérant dans l'espace OHADA est soumis auxdits Actes uniformes. De même l'article 30 al 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, n'épargne pas l'entreprise publique des voies d'exécution s'il y a possibilité de compensation et de réciprocité des dettes. Enfin, l'article 2 al 2 de l'Acte uniforme relatif au droit d'arbitrage soumet l'Etat à l'arbitrage sans que celui-ci ait la possibilité d'invoquer son droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, sa capacité à compromettre ou de la validité d'arbitrage.

Même si l'affirmation de la non-discrimination de notre part paraît insolite, elle est pourtant légitime car, en dehors de la sécurité juridique et judiciaire, les Etats parties se doivent aussi d'assurer leur sécurité économique en usant de leurs prérogatives étatiques dans la gestion de leurs biens, d'où une incompatibilité dans l'application de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE qui se veut rigide, aux entreprises appartenant à l'Etat ou dans lesquelles celui-ci a une participation majoritaire. La consécration donc, non plus seulement de la primauté du droit communautaire sur le droit national, mais aussi la substitution du droit communautaire au droit national par le traité OHADA crée certainement des distorsions et des paradoxes dans l'application effective des dispositions de cet Acte de l'OHADA aux entreprises d'Etats. Sans doute, les Etats parties étaient conscients du paradoxe dans lequel devrait se trouver l'entreprise publique en soumettant celle-ci à l'AUSC et GIE. Mais, pour éviter de poser des obstacles à sa signature et de compromettre le démarrage rapide des activités de l'organisation, le Traité OHADA avait fait l'impasse sur ces questions éminemment politiques. C'est en marge du Traité, par des dispositions informelles, qu'elles ont été par conséquent réglées⁽¹⁷⁾. Mais, comme l'a si bien remarqué, Yado TOE, on sait que différer la solution d'un problème n'est pas résoudre ce problème⁽¹⁸⁾. Les questions éludées au moment de la signature du Traité ressurgissent aujourd'hui et il convient de leur apporter des réponses adéquates ;

⁽¹⁷⁾ *Arrangements mis au point à N'Djamena, 16-18 avril 1996.*

⁽¹⁸⁾ *Jean YADO TOE, La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA, revue Droit Uniforme, 2008, p 25.*

tel le cas posé par l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique⁽¹⁹⁾. Puisque l'entreprise publique dans l'espace OHADA est le centre de notre thèse, il ne serait pas aberrant de chercher à savoir ce qu'elle signifie, avant d'aborder les difficultés de sa soumission à l'AUSC et GIE.

I. LA DEFINITION DE L'ENTREPRISE

L'entreprise de façon générale, est une notion difficile à appréhender du fait de la variété des aspects et des problèmes qui conditionnent sa création et son exploitation. En effet, l'expression « entreprise publique » apparaît pour la première fois en 1946 dans le recensement du secteur public industriel qui fut établi, en France, sur instructions du ministre des finances Robert SCHUMAN⁽²⁰⁾. Il ressort de cet inventaire que l'appellation « entreprise » recouvre des réalités économiques, sociales et juridiques très diverses.

1) Economiquement parlant, l'entreprise revêt de nombreuses définitions qui peuvent être regroupées en deux conceptions : l'une restrictive, l'autre extensive⁽²¹⁾. Selon la conception restrictive, l'entreprise est un organe qui écoule la production sur le marché avec le seul souci du plus grand gain monétaire possible. A l'opposé, comme le souligne G. BLABORDONE l'entreprise est considérée comme une unité économique de production⁽²²⁾. Les juristes semblent marquer leur préférence pour la conception extensive et considèrent que l'entreprise est un organisme se proposant essentiellement de produire pour le marché, certains biens ou services et indépendant financièrement de tout autre organisme. L'analyse juridique remettait en cause l'entreprise en tant qu'organisme ou entité autonome⁽²³⁾. Aussi, selon notre entendement, l'entreprise trouverait sa raison d'être dans les besoins matériels vitaux et annexes que les individus ont à satisfaire.

L'entreprise, outre qu'elle soit un centre de répartition de revenus, est une unité sociale, autrement dit, un groupe formé de sous-groupes entre lesquels l'information circule et des relations s'établissent⁽²⁴⁾. Vu sous l'angle d'une entité sociale, l'entreprise peut être considérée comme une organisation collective où naissent des rapports donnant lieu à la négociation collective et à la hiérarchisation de la structure ; dans ce sens, le Doyen

⁽¹⁹⁾ Aucune publication des travaux préparatoires n'a été faite à notre connaissance.

⁽²⁰⁾ Pierre DEVOLVE, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p. 629 ; cité par Jean – Yves CHEROT, *Droit public économique*, 2^e éd. Economica, 2007, pp 466 et 467.

⁽²¹⁾ B. COLASSE, *Encyclopédie de comptabilité, contrôle de gestion et audit* ; Economica, Paris, 2000, P 1 317.

⁽²²⁾ G. BLABORDONE, *L'entreprise*, 2^e édition, désolée et cri, Tournai 1962, p. 1742 ; N. KABANGE, *Grands services publics et Entreprises publiques en droit congolais*, Kinshasa, Ed. Saint Paul, 1988, p.31. v. CE, 11 octobre 1985 ; Syndicat général de la recherche agronomique, conclusion B. LASSERE, CJCE, Arrêt Hoffner du 23 avril 1991, Aff. C- 41/90.

⁽²³⁾ M. LASSEGUE, *La réforme de l'entreprise*, Thèse, Toulouse, 1948 ; M. DESPAX, *l'entreprise et le droit*, Thèse, L.G.D.J., 1957, P 443.

⁽²⁴⁾ La notion d'entreprise est une notion dont le principe même est contesté. Ainsi pour le Doyen Julliot de la MORANDIERE, le problème « est de savoir s'il faut accepter dans notre arsenal juridique une nouvelle institution ». Selon lui, la notion d'entreprise ne peut avoir pour but que de régler les rapports de certains individus avec d'autres individus. Ainsi, les notions classiques de contrat et de société paraissent suffire amplement pour régler ces rapports.

Maurice HAURIOU soutiendra que l'entreprise est une institution⁽²⁵⁾. En tant que telle, l'entreprise prend la forme d'un « gouvernement » dans lequel l'autorité du chef devient fonctionnelle. L'entreprise est, en ce sens, un centre de décisions où plusieurs pôles de sous-décisions s'entremêlent.

2) les juristes, comme indiquait LASSEGUE⁽²⁶⁾, considèrent l'entreprise comme une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie. Cette vision rejoint la conception extensive défendue par les économistes.

En tout état de cause, l'entreprise, quelle que soit la définition qu'on en donne, peut revêtir un caractère privé ou public suivant l'origine privée ou publique des capitaux. Ce qui est évident, est que l'intervention de l'Etat au sein ou dans l'environnement de l'entreprise rend beaucoup plus complexe sa définition. Cet interventionnisme étatique nous amène à tenter de définir ce que recouvre la notion d'entreprise dans laquelle l'Etat détient une partie ou la totalité du capital social et que l'on nomme communément « entreprise publique ».

II. DEFINITION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE.

L'entreprise publique est une « personne morale à caractère industriel et commercial, dont la totalité ou la majorité du capital est détenue par une personne publique »⁽²⁷⁾, généralement, l'Etat, la région, le département, la préfecture ou la commune qui sont des personnes morales titulaires de la souveraineté⁽²⁸⁾. Elle peut être une personne morale de droit public ou de droit privé; ce qui, à soi seul, suffit pour relever l'incertitude qui entoure sa définition. L'entreprise publique est « plurielle » quant à sa définition. Il est vrai que cette hétérogénéité de définition n'est pas le propre des entreprises publiques dans les Etats partie OHADA ; l'imprécision d'une définition de l'entreprise publique apparait également dans certains pays comme aux Etats-Unis où elle existe sous deux formes juridiques : les sociétés publiques fédérales (*Government-acquired corporations*, ou *GAC'S*)⁽²⁹⁾ et les sociétés publiques d'Etat (*State chartered and owned corporation*)⁽³⁰⁾.

La difficulté théorique de définir de façon absolue l'entreprise publique est corroborée par l'analyse jurisprudentielle et doctrinale française⁽³¹⁾. En effet, le Conseil d'Etat en

⁽²⁵⁾ Doyen Maurice HAURIOU, *l'institution et le droit statutaire*, Rec. De législation, 1906, PP. 134-182, Michel DESPAX, *l'entreprise et le droit*, LGGJ, bibl. droit privé 1957, n° 893.

⁽²⁶⁾ LASSEGUE, *op. cit.* p. 451.

⁽²⁷⁾ Raymond GUILLIEN et Jean Vincent sous la direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER *lexique des termes juridiques*, 12^e 2dition, 1999, Campus Dalloz.

⁽²⁸⁾ *Lexique de gestion*, éd. Dalloz, 2003 ; J.6P. NIOCHE, *Gérer l'ambiguïté. L'entreprise publique en question*, Revue française de gestion n° 21 mai-juin 1979, pp. 76-82.

⁽²⁹⁾ Très peu nombreuses et acquises habituellement temporairement par le Gouvernement fédéral et sous surveillance judiciaire. Voir Chapitre 11 de la loi sur les faillites des Etats-Unis, dans les secteurs jugés stratégiques et afin de leur éviter une liquidation judiciaire dans le cadre du Chapitre 7.

⁽³⁰⁾ Bien plus nombreuses et détenues ou contrôlées par un des Etats de la fédération, voire plusieurs Etats associés dans l'opération si les entreprises sont de taille plus importante.

⁽³¹⁾ A.J.D.A., mars 1979, P.42.

France, dans l'arrêt du 10 juillet 1972 retient que le critère déterminant est celui du degré de contrôle public devant peser sur la firme pour que l'on considère qu'il s'agit bien d'une entreprise publique. A l'évidence, ce sont donc les critères de la majorité publique dans le capital ainsi que le fait de détenir plus de la moitié des sièges au conseil d'Administration qui sont retenus⁽³²⁾. VIGOUROUX dans l'analyse de cette position jurisprudentielle arrive à la conclusion que ces critères quantitatifs de majorité du capital et /ou des voix peuvent parfois se révéler « prétoriens » mais sont aussi retenus dans certains textes⁽³³⁾. L'arrêt « Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne », sans rejeter totalement la position de celui du 10 juillet 1972, ne retient que le seuil de plus de la moitié du capital⁽³⁴⁾. Le législateur togolais dans sa définition de la société d'économie mixte rejoint cet arrêt en affirmant que l'entreprise publique est celle dont le capital social est détenu à plus de 50% par l'Etat, par une ou des personnes de droit public⁽³⁵⁾. J. P. BIAYS quant à lui a biaisé cette position en définissant l'entreprise publique comme « une personne morale à objet industriel et commercial et dont la propriété est au moins majoritairement publique »⁽³⁶⁾ ; le critère de la moitié faisant place à celui de la majorité. Enfin selon la cour de justice des communautés européennes, est entreprise publique l'activité exercée par une personne publique ou sous son contrôle, à la condition qu'elle soit industrielle ou commerciale et quelles que soient par ailleurs, les modalités de réalisation de cette activité⁽³⁷⁾.

La doctrine n'a pas été du reste dans la tentative de définition de l'entreprise publique. Ainsi J. DUFAU définit l'entreprise publique comme « une personne morale à caractère industriel et commercial, dont la totalité ou la majorité du capital est soustraite à l'appropriation privée »⁽³⁸⁾. Sans faire la part des choses, cette définition globalise en reconnaissant au pouvoir public la propriété totale ou partielle du capital social. VEDEL et DELVOLLE, quant eux, définissaient l'entreprise publique par des éléments positifs et des éléments négatifs⁽³⁹⁾. Ils énumèrent comme positifs les éléments suivants : une personnalité morale et une autonomie financière, un objet industriel et commercial, un mode de gestion ou de fonctionnement très proche de celui des entreprises privées, une impulsion et un contrôle de l'Etat ou de personnes publiques. Selon eux, les éléments négatifs se résument en ce que l'entreprise publique n'est pas nécessairement un établissement public et ne gère pas nécessairement un service public. L'entreprise publique se différencie ainsi de l'entreprise privée en ce qu'elle ne peut avoir pour objet exclusif la réalisation de bénéfices. Michel DURUPTY, de son côté, définit l'entreprise publique par la réunion de deux critères : un critère organique et un critère matériel⁽⁴⁰⁾.

⁽³²⁾ C.E., 10 juillet 1972, *Cie Air inter*, Rec. Lebon, P. 537, C.E. 24 nov. 1978, *Synd. Nat. Du personnel atomique CFDT et l'union des syn. de l'énergie nucléaire F.O. (Aff. CO C.E.M.A) et sieurs Schwartz, Defferre et autres ; (Aff. S.N.E.A.)*, AJDA, mars 1979, p. 42 et suivants.

⁽³³⁾ Ch. VIGOUROUX, *sur le service public*, *Revue échange et projet*, n° 74, juillet 1995, PP. 14-15.

⁽³⁴⁾ D. 1983, P. 373.

⁽³⁵⁾ Article 4, *Loi togolaise sur les entreprises publiques* 90- 26 du 4 décembre 1990.

⁽³⁶⁾ J. P. BIAYS, *Mélanges en honneur du professeur Gustave PEISER*, J. P. BIAYS, *remarques terminologiques sur le secteur public industriel et commercial*, *Droit public*, P.U.G., P. 39 et s.

⁽³⁷⁾ C.J.C.E., 27 nov. 1991, *Bleis*, Bull. C.J.C.E., n° 21_29, p.3.

⁽³⁸⁾ J. DUFAU, *les entreprises publiques*, Ed. Le Moniteur, coll. l'actualité juridique, P. 57.

⁽³⁹⁾ G. VEDEL et DELVOLLE, *Droit administratif*, *Thémis*, P.U.F., 1992, Pp. 1019 et 1020.

⁽⁴⁰⁾ M. DURUPTY, *les entreprises publiques*, *Thémis*, P.U.F., 1986, PP. 204 – 233.

Sur le plan organique, l'entreprise publique serait celle qui est dotée de la personnalité morale et l'Etat y détiendrait la majorité du capital ou la majorité des voix ; sur le plan matériel, son activité serait à la fois marchande et collective. Elle fait l'objet d'une rémunération et est soumise au double circuit d'influence du marché, à cause de la concurrence et des politiques gouvernementales.

De leur côté, J. RIVERO et J. WALINE entendent, « par entreprises publiques, les entreprises industrielles et commerciales qui échappent à l'appropriation exclusive par le capital privé, et relèvent, en dernière analyse, de l'autorité de l'Etat »⁽⁴¹⁾. Cette autorité pouvant s'exprimer par le canal de l'application des règles du droit administratif ; un droit, dans les Etats parties OHADA, qui vient rendre plus complexe l'application du droit OHADA aux entreprises publiques ; puisque le droit administratif sans être antilibéral par nature, s'inscrit pourtant dans le prolongement « des réflexes autoritaires du pouvoir monarchique, qui a toujours souhaité se soustraire à la juridiction des tribunaux »⁽⁴²⁾. Dans sa tentative de définition de l'entreprise publique, Y. B. VIGNON, affirme que lorsque les textes juridiques utilisent l'expression d'entreprise publique, c'est généralement sans aucune précision sur son contenu⁽⁴³⁾. Pour lui, il convient de donner à l'entreprise publique une définition qui soit générale et juridiquement utilisable. Ainsi, lui semble-t-il que les concepts qui serviraient de supports à cette définition sont au nombre de trois, à savoir, la personnalité juridique, l'activité de production vendue contre le prix, le pouvoir prépondérant de l'Etat ou des autres collectivités publiques⁽⁴⁴⁾. Ce concept rejoint celui de Y. PRATS selon qui les entreprises publiques sont des organisations dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière dans lesquelles l'Etat ou les collectivités locales détiennent les pouvoirs de décision et de contrôle et dont l'objet est la production ou la vente de biens ou de services à caractère marchand⁽⁴⁵⁾.

L'on constate après cette tentative de définition de l'entreprise publique, que l'on recherche toujours vainement une définition consensuelle. Il ressort donc qu'il n'y a pas d'accord sur le ou les critères de l'entreprise publique parmi ceux qui interprètent le droit. Ceci nous conduit à affirmer que les entreprises publiques sont protéiformes. Cependant, malgré cette introuvable définition, une partie de la doctrine française a sérieusement les entreprises publiques en trois grands types, à savoir les établissements publics industriels et commerciaux, les sociétés d'économie mixte et les sociétés privées à capital public⁽⁴⁶⁾. Les premiers étant des personnes morales de droit public qui gèrent une activité de service public industriel et commercial dans des conditions assez proches de celles

⁽⁴¹⁾ Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit Administratif*, 20^e éd., D., p. 175.

⁽⁴²⁾ Martine LOMBARD & Gilles DUMONT, *Droit Administratif*, 5^{ème} éd, P. 4,

⁽⁴³⁾ Yao Biova VIGNON, *Réflexion sur la privatisation des entreprises publiques en Afrique*, Ann. UB, Série Droit - Econ. Tome XVI, 1996, p.141.

⁽⁴⁴⁾ Yao Biova VIGNON, *op. cit.* p. 142.

⁽⁴⁵⁾ Y. PRATS, *Les relations entre l'Etat et les entreprises publiques du nord au sud*, communication au colloque « entreprises publiques et développement », Cotonou, 24-28 fév. 1986, dans le même sens, A. G. DELION, *La notion d'entreprise publique*, AJDA n° 4, 20 avril 1979, p. 19 ; J.F. ESCARMEILLE et P. MELIS, *Essai de définition du concept de l'entreprise publique*, Rev. Intern. de Science Administrative, Vol. XLVII, n° 4, 1981, p. 365 et suiv. cités par VIGNON *op. cit.* p. 142.

⁽⁴⁶⁾ Arnaud BIZAQUET, *L'importance des entreprises publiques dans l'économie Française et Européenne après les nationalisations de 1982*, Revue économie, année 1983, vol. 34, n° 3, pp. 434-465. Egal. Christian MARMUSE, *Politique générale*, éd. Economica, wikipédia du 24 avril 2014 ; Boris THOMAS, *Les dimensions sociales, économiques et juridiques de l'entreprise*, janvier 2010.

appliquées aux entreprises privées, les secondes, des Sociétés de droit privé au sein desquelles se réalise une association de capitaux publics et privés sous un contrôle étroit de l'Etat et les troisièmes ayant une originalité, puisqu'elles gèrent un service public sous forme de société anonyme de droit privé dont l'Etat est le seul actionnaire et que le législateur togolais appelle société d'Etat.

En considération de tout ce qui précède, l'on constate que l'entreprise publique se caractérise par la présence de l'Etat ou une personne de droit public⁽⁴⁷⁾ dans l'actionnariat ou par l'exercice d'une influence prépondérante d'une personne de droit public. C'est notamment le cas lorsque les pouvoirs publics détiennent la majorité du capital ou disposent de la majorité des organes de décision ou, encore peuvent désigner plus de la moitié des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise. Il s'ensuit donc que l'entreprise publique qui retiendra notre attention est celle sur laquelle les pouvoirs publics exercent directement ou indirectement une influence dominante, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent⁽⁴⁸⁾. Encore faut-il qu'une telle entreprise soit dotée d'une personnalité juridique et jouisse d'une autonomie financière.

III. LE DROIT APPLICABLE A L'ENTREPRISE PUBLIQUE

L'absence de définition précise de l'entreprise publique induit des formes juridiques différentes qu'elle peut revêtir avec comme corolaire, la difficulté de leur soumission à un texte précis. Comme l'a si bien rappelé le rapport du haut conseil français du secteur public en 1988, le secteur public industriel est imprécis dans ces frontières, diversifié dans ces critères qui ont entraîné sa composition, et hétérogène dans les règles de droit qui le régissent. Pourra-t-on conclure donc, comme G. LAGARDE⁽⁴⁹⁾, qu'un régime spécifique s'applique à chaque forme juridique? Une réponse positive à cette interrogation conduirait à dire que l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et GIE, ne s'applique qu'à une seule catégorie d'entreprise publique, alors que l'article 1^{er} dudit Acte étend son application à l'entreprise publique quelle que soit le degré de participation de l'Etat. Mais comme précisé ci-dessus, notre étude portera sur l'entreprise publique entendue comme celle dans laquelle l'Etat exerce une position dominante et qui jouit de la personnalité juridique et de l'autonomie de gestion.

Ceci dit, il n'est plus de doute que les pouvoirs publics interviennent dans le commerce, confirmant ainsi le point de vue de certains éminents juristes français selon qui «l'Etat et les autres collectivités publiques peuvent aussi avoir recours à des sociétés pour l'exploitation d'activités industrielles et commerciales qui ne correspondent pas – sauf exception – à des missions de service public. Tel est le cas des sociétés nationales dont l'Etat a acquis toutes les actions à la suite des nationalisations et qui ont conservé leur statut d'origine sans en être encore rendues au secteur privé. Il en est de même des sociétés d'économie mixte dans lesquelles des capitaux publics sont associés à des

⁽⁴⁷⁾ V. article 1^{er} de l'AUSC et GIE.

⁽⁴⁸⁾ Définition de l'Union Européenne selon l'article 2 de la directive de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques. V. CJCE 2002-05-16 c- 482/99 France contre commission.

⁽⁴⁹⁾ G. LAGARDE, *De la société anonyme à l'entreprise publique*, in *Mélanges RIPPET*.

capitaux privés »⁽⁵⁰⁾. Un des problèmes qui se poserait est celui de l'unicité de l'actionnariat. Or déjà la loi française du 11 juillet 1985 jadis applicable dans certains Etats parties au droit OHADA, a admis qu'une société puisse comporter dès sa création, un seul associé dans le cadre de « l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée » (EURL) dont le fonctionnement s'apparente à celui de la « Société à Responsabilité Limitée » (SARL). Abordant dans le même sens, l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE en son article 5 consacre le principe de l'unicité d'associé dans les SARL et même dans les Sociétés Anonymes (SA). Et tout récemment, en 1999, le législateur français a fait des « progrès considérables »⁽⁵¹⁾ en introduisant dans le paysage juridique français une autre société avec un seul associé : la Société par Action Simplifiée Unipersonnelle (SASU) dont le fonctionnement rappelle celui des sociétés anonymes. Et comme par suivisme ou mimétisme, le législateur africain a introduit la même forme sociétaire avec possibilité d'un actionnaire unique, dans l'AUSC et GIE révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou. Il n'est donc pas surprenant que l'Etat seul crée une société commerciale appelée entreprise publique.

Ce qui attise aussi notre curiosité est la nature juridique de l'actionnaire qui n'est autre que l'Etat, c'est-à-dire « l'incarnation la plus évidente ou immédiate de la puissance publique »⁽⁵²⁾. Cet actionnaire plein de prérogatives peut-il se soumettre entièrement aux exigences des dispositions de l'OHADA?

A la lecture de l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, l'on s'aperçoit que le législateur OHADA édicte un traitement égalitaire entre les entreprises privées et les entreprises publiques et donc d'une égalité de traitement des actionnaires. Cette obligation n'est-elle pas une illusion, quand on sait que celles-ci sont en partie soumises aux règles du droit public organisant l'Etat et ses démembrements? Dans le même temps, l'on ne perd pas non plus de vue que, bien qu'appartenant à l'Etat, l'entreprise publique est dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat. Elle se présente dans sa structure, comme une société anonyme et peu importe que l'Etat soit seul associé. Mais aussi, faut-il le souligner, ce n'est pas pour autant que le « cordon ombilical » liant l'Etat et sa propriété – l'entreprise publique- sera coupé. L'Etat exerce toujours d'une manière ou d'une autre son pouvoir sur ses entreprises par l'intermédiaire de ses représentants.

En effet, l'Acte Uniforme prévoyant les règles de fonctionnement des sociétés commerciales en général, consacre dans sa première partie les dispositions générales communes à toutes les sociétés commerciales. Cette première partie comprend les règles de constitution et de fonctionnement, la responsabilité des dirigeants, le lien de droit entre sociétés, la transformation, les apports d'actifs, la liquidation, la nullité et les formalités de publicité. La seconde partie règle les diverses formes de sociétés. Dans le cadre de l'application de l'Acte Uniforme, des zones d'ombres se manifestent dans les différentes phases de la vie de l'Entreprise Publique, plus précisément lors de sa constitution, son organisation et son fonctionnement et de sa dissolution.

⁽⁵⁰⁾ ROSSILLON, *les entreprises publiques et la notion de service public industriel et commercial*, AJDA, 1956. I. P. 41.

⁽⁵¹⁾ Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Manuel, Litec, 18^e Ed. P. 371

⁽⁵²⁾ René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^{ème} édition, n° 201 P 171, Montchrestien.

Lors de sa constitution, par exemple, Suivant l'article 385 de l'Acte uniforme, la société peut n'avoir qu'un seul actionnaire; tel est le plus souvent le cas de l'entreprise publique. L'Acte Uniforme exige une assemblée constitutive, du moins pour les sociétés faisant appel à l'épargne publique, qui « signe » l'acte de naissance de la société. Pour ce qui concerne l'Etat actionnaire unique, parlera-t-on d'une assemblée constitutive ou d'une simple application d'un décret créant l'entreprise publique?

En cours de vie sociale, la difficulté est que dans les entreprises publiques détenues entièrement par l'Etat, les administrateurs choisis par l'Etat actionnaire unique sont de trois à douze selon l'article 416 de l'Acte Uniforme. Un actionnaire peut-il avoir plusieurs mandataires comme administrateurs pour une même société? Cette représentation pluraliste observée dans les entreprises publiques laisse perplexe tout observateur avisé. Egalement, la méthode de nomination de ces administrateurs, (par décret), fait planer une fiction quant à leur indépendance dans la gestion de l'entreprise⁽⁵³⁾. Qu'à cela ne tienne, en cas de faute de gestion de la part de ces mandataires de l'Etat, qui sera responsable? Quand on sait que dans la plupart des Etats parties, la responsabilité civile ou pénale de l'Etat est exclue. L'Etat actionnaire unique doit ou non se prononcer sur une convention réglementée. La question paraît importante, car l'Etat associé unique n'est pas directement le dirigeant de l'entreprise dont il est propriétaire. Existe-t-il réellement de vote dans l'entreprise détenue totalement par l'Etat? En cours de vie sociale, les administrateurs sont désignés par l'assemblée générale ordinaire⁽⁵⁴⁾. S'agissant par exemple des décisions collectives, peut-on encore parler d'assemblée générale quand on sait qu'il n'y a qu'un seul actionnaire qui n'est autre que l'Etat? Il est vrai que cette question peut se poser pour toutes les sociétés unipersonnelles; mais le problème devient beaucoup plus délicat à régler quand il s'agit d'un actionnaire unique Etat, personne morale de droit public.

Enfin, existe-t-il une possibilité de recours en manquement contre l'Etat actionnaire unique d'une entreprise publique si celui-ci appliquait à son entreprise la législation nationale alors que celle-ci se révèle contraire aux dispositions de l'OHADA? En somme, une entreprise publique peut-elle se soustraire des pouvoirs publics qui sont à l'origine de sa création et animateurs de son existence? Ou encore l'Etat actionnaire est-il prêt à « vendre aux enchères » le pouvoir discrétionnaire que lui confère sa souveraineté en tant qu'Etat?

Toutes ces questions ne mériteraient pas d'être posées si l'actionnaire n'était pas l'Etat. Avant l'OHADA, l'émergence des lois nationales⁽⁵⁵⁾ tendant vers l'application des textes du droit privé aux entreprises publiques n'était pas chose aisée, d'autant plus que l'actionnaire Etat, malgré sa volonté de privatiser le fonctionnement des entreprises publiques, intervient d'une manière ou d'une autre dans la gestion de ces entreprises avec ses prérogatives inaliénables. Il est constant que certains Etats Parties dans leur loi

⁽⁵³⁾ Didier LINOTTE & Raphaël ROMI, *Services Publics et Droit Public Economique*, 5^{ème} Ed. LITEC, P 248.

⁽⁵⁴⁾ Article 419 al 2 de l'AUSC et GIE.

⁽⁵⁵⁾ Loi n° 90 – 26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques et son décret d'application du 16 août 1991 (TOGO); Ordonnance n° 95/003 du 17 mai 1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic (CAMEROUN).

relative à la réforme du cadre juridique des entreprises publiques, tout en rappelant que celles ayant opté pour une forme anonyme sont régies par le droit privé, organisent à côté un régime du droit administratif qui leur est applicable⁽⁵⁶⁾. Ce bicéphalisme des textes créé et entretenu, entraîne sans nul doute, des difficultés d'application des textes OHADA.

Faut-il être d'avis avec François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, N'diaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAN, Paul – Gérard POUGOUE et Moussa SAMB selon qui la présence de l'Etat ou d'une personne morale de droit public dans l'une des formes de sociétés commerciales de par la loi n'affecte en rien la nature commerciale de la société qui, pour cela, est régie par l'Acte uniforme?⁽⁵⁷⁾ ou bien s'aligner sur la position biaisée de Didier LINOTTE et Raphaël ROMI qui admettent qu'un certain nombre d'exceptions à l'application du droit commun peuvent être relevées ; les entreprises publiques se voyant attribuer des prérogatives ou imposer des sujétions propres⁽⁵⁸⁾. Il est certes, vrai que l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE lève l'équivoque en soumettant aux règles de l'OHADA toutes sociétés commerciales même si celles-ci sont publiques ; cependant, l'on s'aperçoit que la question de l'application de ce texte l'OHADA est beaucoup plus complexe quand on sait que les entreprises publiques sont créées par les Etats pour le développement de leur économie et qu'elles contiennent à la fois l'idée d'une volonté d'intervention de l'Etat que traduit le mot « publique » et le principe d'une autonomie de gestion que traduit le terme « entreprise ». Ce caractère étymologiquement hybride de l'entreprise publique suscite un mélange de droit privé et de droit administratif qui se manifeste dans son fonctionnement où s'affrontent prérogatives de puissance publique et règles des sociétés commerciales. De cette situation, on ne peut que « constater que des jurisprudences convergentes aboutissent à appliquer à une partie des entreprises publiques des règles de droit privé qui ne leur conviennent pas, qui brident leur liberté et leur efficacité ou qui affectent leur crédit »⁽⁵⁹⁾. Ainsi dit, l'on aborde la question dans le même sens que Michel BAZEX selon qui « le statut de société privée est en passe de devenir le modèle de base pour l'organisation du secteur public »⁽⁶⁰⁾. Cette vision et la restructuration de l'entreprise publique autour de la forme juridique de la société anonyme pourraient en apparence, être de nature à contribuer à faciliter l'application des textes OHADA à l'entreprise publique.

Cependant la question reste posée de savoir si une entreprise qui a un statut de droit privé, et dont l'actionnaire unique est l'Etat peut-elle être réellement soumise au droit des sociétés commerciales, alors même que certains auteurs comme B. du MARAIS, évoquant les entreprises publiques à statut privé, soutiennent qu'il subsiste dans ces

⁽⁵⁶⁾ La loi n°99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic (CAMEROUN).

⁽⁵⁷⁾ François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, N'diaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAN, Paul – Gérard POUGOUE et Moussa SAMB, *Sociétés Commerciales et GIE*, collection Droit Uniforme Africain, P. 35.

⁽⁵⁸⁾ Didier LINOTTE & Raphaël ROMI, *préc.* P. 253.

⁽⁵⁹⁾ Y. GAUDEMET, *l'entreprise publique à l'épreuve du droit public*, in *mélanges R. DRAGO. Economica*, 1996, p.270

⁽⁶⁰⁾ M. BAZEX, *op. cit.*, p. 11

entreprises des éléments de droit public y compris dans les sociétés exerçant dans le secteur concurrentiel ?⁽⁶¹⁾.

Tant d'interrogations que l'on peut regrouper en deux principales questions, à savoir si l'imposition d'une discipline nouvelle par le législateur de l'OHADA dans les relations entre l'Etat et les entreprises publiques et dans l'organisation interne de ces entreprises, peut-elle être effective sans transformer profondément l'entreprise publique ou bien faut-il la soumettre à des règles où se manifestent conflits et conciliations entre droit administratif et droit privé ?

IV. INTERET D'UNE ETUDE SUR L'APPLICATION DE L'AUSC et GIE AUX ENTREPRISES PUBLIQUES

Traiter des entreprises publiques peut paraître une gageure alors même que leur nombre se restreint et que d'aucuns s'interrogent sur leur avenir, voire leur utilité. S'interrogeant sur leur utilité une partie de la doctrine française considère que cette catégorie d'entreprises totalement ou partiellement détenue par l'Etat doit disparaître du fait que l'Etat ne pourrait être qu'« un mauvais actionnaire prédateur »⁽⁶²⁾. Une autre partie de la doctrine la juge indispensable lorsque subsiste un monopole naturel, même partiel⁽⁶³⁾. A l'heure où les textes communautaires tendent à les assimiler, sur tous les plans, aux sociétés commerciales de droit privé, il paraît plus que nécessaire d'aborder leur étude d'une manière spécifique. Et les raisons qui motivent davantage une telle étude découlent de l'originalité du thème puisqu'à notre connaissance, aucun travail spécifique n'est encore consacré aux implications juridiques de l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique. Il existe peu d'analyses doctrinales, ce qui s'explique par le fait que l'on ait pensé, peut-être à tort, que l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE a réglé le problème en édictant que toute société commerciale y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé est soumise à l'Acte uniforme. Aussi, la volonté d'apporter une contribution tout en attisant la curiosité des chercheurs en droit des sociétés commerciales est-il également, à l'origine de notre motivation à plancher sur ce thème qui paraît d'un grand intérêt.

En réalité, l'objectif général de la présente étude est de jeter un regard analytique et critique sur l'AUSC et GIE, son application à l'entreprise publique avec l'Etat comme actionnaire, les ouvertures qu'il offre par rapport aux droits nationaux encore applicables à cette dernière, les risques d'une éventuelle dualité textuelle et afin d'en dégager les perspectives de solutions. Bien que notre étude ne soit concentrée que sur l'entreprise publique unipersonnelle, l'on envisagera de temps en temps le cas de l'entreprise publique dans laquelle l'Etat est associé avec d'autres personnes, car dans une moindre mesure le fonctionnement de celle-ci diffère de l'autre.

⁽⁶¹⁾ B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, presses de sciences-Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004.

⁽⁶²⁾ Stéphane ALBERT, Claude BUISSON, *Entreprises publiques. Le rôle de l'Etat actionnaire*, Etude de la DF- Economie. Ed. 2002.

⁽⁶³⁾ DURRIEU, *logique d'entreprise et intérêt général*, colloque de la section française du C.E.E.P, Paris 26 mai 1998, p. 7.

Cet objectif général est décliné en plusieurs objectifs spécifiques qui touchent :

- L'identification des dispositions de l'AUSC et GIE dont l'application à l'entreprise publique est source de difficultés et de conséquences ;
- La détermination des difficultés et des contraintes auxquelles est soumise l'Etat actionnaire ;
- L'analyse de la mise en pratique par rapport aux positions doctrinales et jurisprudentielles ;
- Les solutions qui s'offrent à l'entreprise publique dans le contexte de l'uniformisation du droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA.

Pour atteindre ces objectifs que l'on s'est fixés, il faut ordonner de manière logique des principes posés par l'AUSC et GIE, des règles de droit national et les positions jurisprudentielle et doctrinale. Ceci nous conduira à rechercher et à détecter d'une part, les zones d'ombre de l'AUSC et GIE quant à son application à l'entreprise publique et d'autre part, les textes légaux et réglementaires nationaux encore susceptibles d'être applicables à l'entreprise publique en relevant à travers ces textes, des situations de conflits et de conciliations et, l'adéquation et l'opportunité de leur application à l'entreprise publique. A cet effet, tout en plaçant l'AUSC et GIE et l'entreprise publique au cœur de notre préoccupation, une confrontation permanente entre cet acte uniforme et les textes nationaux encore applicables à l'entreprise publique sera faite. A partir des arguments qui en sortiront, l'on prendra position d'approche personnelle plus objective pour une vision réaliste des droits applicables à l'entreprise publique dans l'espace OHADA.

Notre hypothèse de travail tout au long de cette étude, consistera donc à démontrer que l'entreprise publique porte en son sein, les obstacles ne permettant pas sa soumission stricte à l'AUSC et GIE quand bien même, cet acte uniforme laisse subsister des ouvertures pour l'application des droits nationaux.

Au regard de tout ce qui précède, et dans une logique de recherche scientifique, à travers une tentative de réponses aux questions posées plus haut, l'on fera voir d'abord que les entreprises publiques constituent un mécanisme juridique particulier auquel l'application *stricto sensu* des textes OHADA suppose la modification de leur ordre juridique naturel⁽⁶⁴⁾ avec comme corollaire la transformation du paysage juridique de ces entreprises publiques (première partie). Ceci conduit ensuite, à démontrer que ce nouveau paysage n'affecte en rien l'objectif de satisfaire l'intérêt général et celui de satisfaire l'intérêt social assignés à l'entreprise publique et que par conséquent, ces objectifs ne peuvent se réaliser que par une application stratifiée des règles des droits internes et celles de l'AUSC et GIE (deuxième partie).

⁽⁶⁴⁾ Par ordre juridique naturel, nous faisons allusion au Droit Public qui est le droit censé être applicable à l'entreprise publique.

PREMIERE PARTIE

LA TRANSFORMATION DU PAYSAGE JURIDIQUE DES ENTREPRISES PUBLIQUES PAR L'INTRODUCTION DES REGLES NOUVELLES OHADA

« Il n'est pas de marché commun sans règle commune, ni de règle commune sans transcendance sur la loi interne, ni de transcendance sans interprétation judiciaire uniforme »

LECOURT.

Il convient dès le départ, de signaler qu'avant l'intervention du législateur OHADA, les entreprises publiques étaient soumises à des règles souvent anciennes et extrêmement diversifiées tant dans leurs sources (lois, décrets ordonnances ...) que dans leur objet. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à qualifier les textes antérieurs en vigueur dans les dix-sept Etats parties au Traité de l'OHADA de textes vieillots, inadaptés et éparpillés⁽¹⁾. Ces textes étaient composés, pour les Etats n'ayant pas réformé leurs législations, de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, de la loi du 25 mars 1925 sur les SARL ainsi que de nombreux textes épars, avec des lacunes dues à la non-extension aux colonies de certains textes comme la loi du 16 novembre 1940 instituant l'action en comblement du passif social à l'encontre des dirigeants sociaux. L'on relève également l'existence de quelques textes postérieurs aux indépendances portant sur les entreprises publiques commerciales⁽²⁾.

En effet, dès 1962, une loi sénégalaise instituait un code des investissements⁽³⁾ après qu'un grand nombre de codes analogues eurent été promulgués dans les Etats issus de l'ancienne colonie française⁽⁴⁾. Ces codes avaient tous pour vocation à régir à la fois les entreprises publiques et les sociétés commerciales privées. D'ailleurs, bien avant la loi sénégalaise de 1962, en 1961, la section du développement du conseil économique français suggérait aux Etats d'Afrique de l'ouest d'harmoniser leurs dispositions législatives et réglementaires relatives aux investissements privés⁽⁵⁾.

Force est donnée de constater que ces lois et codes nationaux étaient érigés pour permettre l'autonomisation de l'entreprise publique. Par cette démarche, les législateurs nationaux reconnaissaient implicitement que les règles traditionnelles du droit public, orientées essentiellement vers la contrainte et le contrôle de l'Etat, sont mal adaptées à la gestion de l'entreprise publique commerciale. C'est dans cet élan que les Etats parties, dans leur détermination à accomplir des progrès sur la voie de l'unité africaine et leur volonté de renforcer la sécurité juridique et judiciaire, voie d'affermissement de l'intégration juridique et économique, ont décidé de mettre sur pied, entre autres actes uniformes, l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE (AUSC et GIE) adopté le 17 avril 1997 et applicable à partir du 1^{er} janvier 1998. L'on assiste alors à la naissance d'un espace juridique que l'on peut qualifier de « l'ordre juridique de l'OHADA »⁽⁶⁾. A travers cet ordre juridique, le législateur africain impose les règles du droit privé commercial aux personnes morales appartenant au secteur public comme les « peuples vaincus dont la civilisation et les lois s'imposent au vainqueur en raison de leur

⁽¹⁾ Michel Filiga SAWADOGO, *l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés commerciales et du GIE, séminaire de formation des formateurs magistrats*, 22/07 au 09/08/2002.

⁽²⁾ Loi n° 90 – 26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques et son décret d'application du 16 août 1991 (TOGO) ; Ordonnance n° 95/003 du 17 mai 1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic (CAMEROUN) ; Loi n° 86-13 du 21 mars 1986 portant Code de commerce malien ; Loi Gabonaise n°86-7 du 4 août 1986 régissant la liquidation des biens. V. Michel BALIMA, *Les sociétés commerciales en Afrique de l'ouest*, thèses, Dijon, 1979, 2 vol.; G. MEISSONNIER, *Droit des sociétés en Afrique*, L.G.D.J., 1978.

⁽³⁾ J.O.R.S. du 31 mars 1962, n° spécial, p. 586.

⁽⁴⁾ V. Jean-Claude GAUTRON, in *Annuaire français de droit international*, Année 1968, Vol. 14, Pp. 654 et ss. Rev. Sénégalaise de droit 1967.

⁽⁵⁾ cité par Jean-Claude GAUTRON, *op. cit.*

⁽⁶⁾ *L'ordre juridique OHADA*, communication au colloque de l'ARPEJE-ERSUM, Porto Novo, 3-5 décembre 2004, www.ohada.com, ohadata D-04-02.

valeur »⁽⁷⁾. Par ce mouvement de substitution des règles du droit privé communautaire aux règles du droit privé national, le cadre institutionnel de l'entreprise publique s'est écarté davantage du milieu du droit public et s'est transporté tel quel, dans le droit commercial privé.

Mais la soumission de l'entreprise publique au droit des sociétés qui n'est qu'un principe, sans être fâcheusement perturbatrice de l'état de droit, est tout de même venue bousculer l'ordre de fonctionnement de cette entreprise tant dans sa procédure de création, dans son contrôle que dans son mode de direction. Confrontée aux exigences de l'AUSC et GIE, l'entreprise publique tente, comme l'affirmerait Charlotte DENIZEAU⁽⁸⁾ de s'adapter, de se transformer et de résister. L'on constate du coup que l'Etat actionnaire n'est plus maître de son entreprise dans laquelle ses mandataires sont réputés détenir le pouvoir suprême⁽⁹⁾. L'entreprise publique est donc devenue une structure juridique complètement indépendante de celle de son propriétaire et seule elle, fait le commerce et l'Etat n'a aucune obligation directe lorsqu'il participe à la création de l'entreprise commerciale. Comme le souligne I. S. de MONTESQUIEU, l'heure de la nécessité pour les normes nationales de s'adapter au droit communautaire a sonné⁽¹⁰⁾. Cette évolution conduit à dire, sans hésitation que l'entreprise publique n'est plus une société régie par des règles des droits nationaux conçues en tenant compte uniquement des réalités nationales. Le mouvement globalisant voulu par l'OHADA aboutit à l'« africanisation » des droits nationaux.

L'intervention du législateur OHADA dans les droits nationaux appelle à la restructuration de l'entreprise publique aux différents échelons à l'instar de la société privée⁽¹¹⁾. Cette démarche, consciente ou non, des Etats parties au Traité OHADA, contribue à rendre plus autonome stratégiquement, le fonctionnement de l'entreprise publique qui devient moins tributaire de l'influence de l'Etat actionnaire. L'entreprise publique se trouve à un tournant historique. Autrefois soumise aux textes nationaux, elle se retrouve confrontée à des textes inédits auxquels elle est obligée de s'adapter. Cette transformation implique des mutations du statut d'entreprise publique (titre I), mutations, qui, vu le rôle économique que joue l'entreprise publique, se trouvent confrontées aux textes nationaux résiduels résistant à l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique (titre II).

⁽⁷⁾ R. HOUIN, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, archives de philosophie du droit, Sirey 1952.

⁽⁸⁾ Charlotte DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union Européenne*, Bibliothèque de droit public, T. 239, LGDJ 2004.

⁽⁹⁾ Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, G. RIPERT / R. ROBLOT ; Tome 1 – volume 2 ; les sociétés commerciales, 18^e édition.

⁽¹⁰⁾ Inès Secondat de MONTESQUIEU, *Colloque sur la puissance publique à l'heure européenne*, juillet 2005.

⁽¹¹⁾ N° spécial de la R. F. A. P. d'octobre – décembre 1981, sur le thème « Entreprise Publique et efficacité » n° 20, pp. 5 et 192.

TITRE I :

LES MUTATIONS DE LA NOTION D'ENTREPRISE PUBLIQUE DANS LE CADRE DU DROIT DE L'OHADA

«La loi ne peut se passer de l'adhésion de ceux auxquels elle s'applique et cette adhésion implique qu'elle s'impose à leur raison »

CHARMONT

Avec l'AUSC et GIE, l'entreprise publique n'est plus, une simple institution créée par décret sans aucune procédure préalable de constitution. Il faut faire des apports, établir les statuts et l'immatriculer selon les rites bien définis. Elle n'est plus non plus, une caisse annexe où l'Etat actionnaire peut se servir selon son bon vouloir ; un contrôle étant, suivant l'AUSC et GIE, exercé par un commissaire aux comptes jouissant d'une plus grande indépendance.

La personnalité juridique - c'est là une des innovations pour les entreprises publiques dans la plupart des Etats parties - découle de l'immatriculation au RCCM⁽¹²⁾. De plus, la désignation, la révocation ou la démission des dirigeants sociaux doivent être publiées au RCCM⁽¹³⁾. Cette formalité n'était pas une obligation légale pour l'entreprise publique dans de nombreux Etats parties OHADA⁽¹⁴⁾. Avec l'AUSC et GIE, il est systématique qu'une entreprise publique non immatriculée est assimilée à une société en participation ou à une société de fait⁽¹⁵⁾. Selon M. F. SAWADOGO, la solution la plus fréquemment appliquée avant l'entrée en vigueur de l'AUSC et GIE, considérait l'immatriculation au Registre de Commerce comme une simple formalité administrative sans portée juridique⁽¹⁶⁾.

Au niveau du fonctionnement, l'on note une volonté de responsabiliser les dirigeants sociaux, en instituant l'engagement de leur responsabilité civile et pénale⁽¹⁷⁾ sans tenir compte du fait qu'ils sont des représentants d'une personne morale de droit public. De même, tout en leur donnant les pouvoirs les plus larges, l'AUSC et GIE leur donne désormais l'indépendance la plus complète. L'on relève également qu'avec l'application de l'AUSC et GIE, les tiers sont à l'abri de toute contestation quant à la validité des actes qu'ils passent avec les dirigeants de l'entreprise publique⁽¹⁸⁾ ; autrement dit, l'Etat actionnaire ou les dirigeants sociaux n'auront plus, en droit, à se prévaloir d'une quelconque immunité pour se soustraire des tribunaux compétents pour connaître d'éventuels litiges qui les opposeraient aux tiers. Il faut relever également que le contrôle de l'entreprise publique n'est plus assuré, comme cela se présente dans les faits dans la plupart des Etats parties, que par les institutions de l'Etat (conseil d'Etat, la cour des comptes, l'inspection d'Etat), l'AUSC et GIE a introduit l'obligation de nommer un commissaire aux comptes pour toute société commerciale constituée sous la forme de SA⁽¹⁹⁾.

D'autres questions traitées par l'Acte uniforme touchant au changement dans l'entreprise publique méritent également d'être soulevées, non pas parce qu'il y a un changement des principes, mais surtout parce qu'il y a une réglementation d'ensemble cohérente et en général relativement complète qui s'appliquent à elle. Elles intéressent diverses formalités telles les apports, la séparation des pouvoirs entre les organes sociaux ...

⁽¹²⁾ v. article 98 de l'AUSC et GIE.

⁽¹³⁾ v. Article 434 de l'AUSC et GIE.

⁽¹⁴⁾ *Cas du Togo où aucune formalité n'est prévue pour ce genre de situation. L'on peut déduire qu'en considération du principe de parallélisme de forme, les administrateurs sont révoqués par décret.*

⁽¹⁵⁾ Articles 854 et 864 de l'AUSC et GIE.

⁽¹⁶⁾ Michel Filiga SAWADOGO, l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés commerciales et du GIE, *op. cit.*

⁽¹⁷⁾ v. Article 888 et suiv. de l'AUSC et GIE.

⁽¹⁸⁾ Michel Filiga SAWADOGO, l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés commerciales et du GIE, *op. cit.*

⁽¹⁹⁾ article 694 et ss de l'AUSC et GIE.

Justement et par rapport à l'exercice des pouvoirs en application de l'AUSC et GIE, comme l'ont souligné POUGOUE, ANOUKAHA et TOUKAM, pour protéger les tiers et les investisseurs contre les « abus » des dirigeants, qu'ils soient choisis par les personnes de droit public ou les personnes de droit privé, il n'est d'autres ressources que d'accroître leurs prérogatives de contrôle, « mais d'un contrôle qui ne pourra pratiquement s'exercer qu'*a posteriori*, et pour le plus, de renforcer la responsabilité civile et pénale des dirigeants»⁽²⁰⁾.

L'on observe également qu'à certains égards, des effets induits de l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique est la « transformation radicale des relations entre l'Etat et ses entreprises»⁽²¹⁾ avec comme corollaire que désormais, celles-ci « se dirigent elles-mêmes »⁽²²⁾. L'on s'inscrit donc inéluctablement dans ce que l'on peut appeler « la gouvernance de l'entreprise»⁽²³⁾. Allant dans le même sens, M.DIAKHATE rappelle que l'ordre juridique communautaire OHADA est entrain de se substituer aux règles juridiques nationales en abrogeant toutes les dispositions contraires ou ayant le même objet⁽²⁴⁾. Dès lors, pour répondre à la nouvelle donne imposée par le droit de l'OHADA, l'entreprise de l'Etat est contrainte à une profonde métamorphose qui passe par son détachement pur et simple de la puissance publique (chapitre I) entraînant ainsi le transfert corrélatif des pouvoirs de puissance publique aux dirigeants sociaux de l'entreprise publique (chapitre II).

⁽²⁰⁾ P. G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU TOUKAM ; *Présentation de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE adopté le 17 avril 1997* ; p. 6.

⁽²¹⁾ Jean PICQ, *l'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, pp. 134 – 135.

⁽²²⁾ Michael POYET, thèse, (Université de saint – Etienne). *Le contrôle de l'entreprise publique : essai sur le cas français*, p. 46, 2001.

⁽²³⁾ BERGOUGNOUX, *rapport sur l'Etat et l'entreprise publique*, DF- Economie, p. 1. Pris au sens large, ce concept regroupe en fait de nombreux aspects touchant la répartition des pouvoirs au sein de l'entreprise. Il peut s'agir des prises de décision, de la responsabilité des dirigeants, de la composition et du rôle du conseil d'administration, de la production de l'information et des pouvoirs des actionnaires. V. Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit Administratif*, 20^{ème} éd., Dalloz, p 182.

⁽²⁴⁾ Mamadou DIAKHATE, *OHADA : Un nouveau droit des affaires pour sécuriser l'investissement en Afrique ; sujet lors de la conférence internationale sur le commerce et l'investissement dont le thème général est « pour une Afrique qui tire bénéfice de la mondialisation » ; Dakar, Sénégal, 23-26 avril 2003.*

CHAPITRE I : L'ENTREPRISE PUBLIQUE DETACHEE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

L'amélioration des performances de l'entreprise publique est une préoccupation constante et maintes fois affirmée par les pouvoirs publics. La mise en place d'un environnement plus adapté, permettant à ces entreprises de mieux exprimer leurs potentialités, tout en assurant la sauvegarde des intérêts de l'Etat, est l'une des conditions clé pour atteindre cet objectif⁽²⁵⁾. Cet avant-propos de la Loi togolaise montre de façon claire et non équivoque que l'AUSC et GIE n'est que l'aboutissement de la volonté de modernisation des textes nationaux. Abondant dans le même sens, ANOUKAHA, CISSE, DIOUF, TOUKAM, POUGOUE et SAMB affirment que si l'Acte Uniforme est un code, c'est résolument un code moderne⁽²⁶⁾. Il s'inspire des modifications récentes en France et dans les autres pays de l'Union Européenne avec lesquels, pour des raisons économiques connues, les Etats parties de l'OHADA entretiennent des relations privilégiées. Il rénove aussi les avancées significatives de certains pays africains comme le Sénégal, le Mali et la Guinée et du projet du code des sociétés UDEAC. Une chose est certaine, l'entreprise publique ayant été constituée sous une forme de société commerciale et accomplissant des actes de commerce à titre de profession habituelle par application de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général⁽²⁷⁾, est, résolument soumise à l'AUSC et GIE. Une autre certitude est qu'avec l'OHADA, l'entreprise publique n'est plus une entité économique conçue juridiquement à l'image d'un Etat, mais une entité autonome et indépendante. En ce sens et en raison de sa position actuelle, l'Etat ne doit plus être soupçonné de favoriser le « champion public national »⁽²⁸⁾ par l'introduction des lois qui lui sont propres. Le droit OHADA applicable aux sociétés commerciales consacre l'application exclusive des règles de l'AUSC et GIE à l'Etat actionnaire (Section I) impliquant directement un relatif affaiblissement du régime juridique de l'entreprise publique (Section II).

Section I. L'application exclusive des règles relatives aux sociétés commerciales à l'Etat actionnaire

Le statut de l'entreprise publique en général, tout en s'orientant vers la gestion économique, demeurerait compatible avec les principes de droit administratif applicables à toutes les entreprises de services publics. Au fur et à mesure que s'accroît l'importance économique de l'entreprise publique commerciale, il est normal que les nécessités de son

⁽²⁵⁾ v. *Supra*. P. 19 ; avant-propos.

⁽²⁶⁾ P. G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU TOUKAM, *Présentation de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE adopté le 17 avril 1997* ; p. 19.

⁽²⁷⁾ Suivant l'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, ont le caractère commercial, entre autres :

- l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente,
- les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit,
- les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce,
- l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles
- les actes effectués par les sociétés commerciales. V. Akuété Pedro SANTOS, *présentation de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général*, n° 11, p. 2.

⁽²⁸⁾ O. BEAUD, *Nationalisation et souveraineté, la nationalisation comme acte de puissance publique : Petites affiches*, 24 nov. 1995 P. 13.

insertion dans une économie nationale régie par le droit privé orientent le législateur vers un rapprochement du régime de l'entreprise publique de celui des entreprises privées similaires. Tel était également le constat de J. RIVERO et J. WALINE à propos du régime juridique des établissements publics industriels et commerciaux⁽²⁹⁾. Dans cette voie, l'étape décisive, dans le cadre du droit OHADA, a été franchie avec l'AUSC et GIE qui a soustrait l'entreprise publique à la rigidité des méthodes administratives pour la faire vivre dans un « climat » de droit privé. L'on assiste donc à un changement comportemental et juridique de l'entreprise publique qui s'impose par la force de l'Acte uniforme.

Ce changement ne peut être effectif que par l'abandon de la distinction entre l'actionnaire de droit public et l'actionnaire de droit privé (Pag. I.) avec comme conséquence le recul des prérogatives de puissance publique attachées naguère à l'Etat (Pag. II).

Pag. I. L'abandon de la distinction actionnaire de droit public et actionnaire de droit privé

L'entreprise publique est créée soit par la loi, soit par décret. Elle peut être créée directement par l'Etat, elle peut naître aussi de la fusion de plusieurs entreprises publiques préexistantes ou de la scission d'une entreprise publique⁽³⁰⁾ ou de la nationalisation. Quel que soit le mode de sa création, l'initiateur reste toujours l'Etat. Or l'AUSC et GIE exclut, *a priori*, qu'un droit autre que celui de l'OHADA s'applique à une société commerciale quel que soit le régime ou la nature juridique de l'actionnaire⁽³¹⁾. Il s'ensuit par ricochet que l'Etat est assimilé à un actionnaire privé (A) avec comme corollaire l'égalité de traitement de l'actionnaire public et de l'actionnaire de droit privé (B).

A. L'Etat actionnaire assimilé à un actionnaire privé par l'AUSC et GIE

En admettant que les entreprises publiques sont soumises à l'AUSC et GIE, l'article 1^{er} dudit Acte uniforme procède par assimilation en donnant incidemment à l'Etat le statut de l'actionnaire privé (1) quand bien même que ce statut est incertain (2).

1) Un statut incident de l'Etat actionnaire

La privatisation de l'Etat actionnaire est inéluctablement liée à la consécration de l'actionnariat des personnes morales de droit public qui ne fait plus l'ombre d'un doute.

En effet, la lecture combinée des articles 1^{er} et 5 de l'AUSC et GIE révèle qu'une personne morale de droit public peut créer seule ou en association avec d'autres personnes de droit public ou privé une société. Pour reprendre les propos de LINOTTE et

⁽²⁹⁾ Jean RIVERO et Jean WALINE *op. cit.* n° 220 p. 164.

⁽³⁰⁾ Cas par exemple, au Togo de l'OPTT par décret n° 96-22 du 28 février 1996 portant scission de l'OPPT en deux sociétés d'Etat, Société nationale des postes du Togo et la Société Togo Télécom.

⁽³¹⁾ Voir article 1^{er} de l'AUSC et GIE.

de ROMI, la gestion de certaines entreprises par l'Etat est extrêmement ancienne⁽³²⁾. Si l'on ne craignait l'anachronisme⁽³³⁾, il serait loisible de faire remonter le colbertisme à Louis XI (en France) qui a voulu encourager le développement économique national en prenant en charge certains secteurs industriels ; tel semble d'ailleurs être actuellement, le cas aux Etats-Unis, des sociétés acquises par le gouvernement (*Government-acquired Corporations* ou GAC's)⁽³⁴⁾. C'est dire donc que la notion d'entreprise publique ne date pas de nos jours et qu'elle existait depuis le XIV^e/XV^e siècle et demeure jusqu'à nos jours. En d'autres termes, l'Etat a toujours été actionnaire ; sauf qu'il n'était pas soumis, pour autant, de façon systématique au droit des sociétés privées. Ceci ne voudrait pas conduire à minimiser l'apport de l'Acte Uniforme, car le rôle de l'Etat s'est accru avec cet acte uniforme et l'Etat se présente de plus en plus comme un acteur économique inéluctable⁽³⁵⁾. Mais la seule contrainte pour l'Etat est que son intervention dans l'économie est conditionnée à sa soumission affirmée aux règles du droit OHADA. Dès lors, il ne peut que se comporter comme un actionnaire particulier. Qu'il s'agisse donc des nouvelles mesures de traitement des difficultés des entreprises, des règles régissant les sociétés commerciales ou celles relatives aux voies d'exécution ou à l'arbitrage, elles ont un champ d'application *rationae personae* qui s'étend désormais aux personnes morales de droit public. Pour ce qui est du droit des sociétés, la doctrine africaine est unanime⁽³⁶⁾ pour reconnaître que son champ d'application s'est sensiblement modifié pour s'étendre aux sociétés autres que celles qui relèvent du droit privé⁽³⁷⁾.

En posant le principe de soumission de l'entreprise publique à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés, le législateur africain a assimilé l'Etat actionnaire à un actionnaire ordinaire. Cette extension maximale du champ d'application du droit privé OHADA en direction des personnes morales de droit public, notamment de l'Etat⁽³⁸⁾ met, dans une large mesure, en péril les prérogatives de puissance publique de l'Etat actionnaire. En outre, en choisissant d'étendre l'application des règles du droit des sociétés OHADA à l'entreprise publique, le droit OHADA a choisi d'appréhender autrement le statut juridique de l'Etat actionnaire en le traitant comme un actionnaire particulier.

⁽³²⁾ Didier LINOTTE et Raphael ROMI, *op. cit.*, p. 207

⁽³³⁾ *Système économique mercantiliste qui postule à l'origine que la puissance d'un pays dépend de ses disponibilités en métaux précieux. Ces disponibilités doivent être accrues par le commerce et l'industrie grâce à un strict protectionnisme et à l'intervention de l'Etat dans tous les domaines ; source, diction. le petit Larousse illustré, 1999.*

⁽³⁴⁾ *Aux Etats-Unis, sociétés achetées par le gouvernement fédéral pour éviter que celles-ci ne tombent en liquidation et qui a un grand risque systématique trop élevé à l'économie des USA, v. Entreprise publique, Wikipédia, article du 6 mai 2013.*

⁽³⁵⁾ Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *introduction critique à l'OHADA*, 2008, PUA, p. 131.

⁽³⁶⁾ Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *introduction critique à l'OHADA*, 2008, PUA, p. 132 et Suiv.

⁽³⁷⁾ Paul-Gérard POUGOUE, *Droit des sociétés commerciales*, PUA, 1998, p. 6 ; P. NGUIHE KANTE, *Le domaine d'application du droit des sociétés commerciales OHADA*, *Annales de la Faculté des Sciences juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T. 6 n° Spéc. Droit OHADA-CIMA, p. 77 et Suiv.

⁽³⁸⁾ V. F. M. SAWADOGO, *Les actes uniformes de l'OHADA (aspects techniques généraux)*, www.ohada.com, ohadata D-0540, p. 7

Pourtant, l'on ne doit demeurer septique quant à l'assimilation de l'Etat, tant qu'il soit actionnaire, avec les actionnaires privés, car son statut d'actionnaire reste hypothéqué par le pouvoir de domination et de commandement qui lui est inhérent.

2) Une assimilation incertaine

En considération des dispositions de l'AUSC et GIE, l'Etat doit s'approprier, en les adaptant à ses besoins, les mécanismes des sociétés commerciales privées⁽³⁹⁾. Cette obligation tirée du caractère d'ordre public⁽⁴⁰⁾ attaché de manière générale à l'ensemble des dispositions de l'Acte uniforme, interdit d'y déroger et prévoir dans les statuts d'une entreprise publique par exemple, des règles contraires aux dispositions dudit Acte uniforme. Ce qui voudrait dire que l'Etat, malgré ses pouvoirs exorbitants, ne peut pas à y déroger.

Cependant, dans la pratique tout ceci n'est qu'un leurre, car la difficulté réside dans la mise en œuvre effective des règles posées par l'AUSC et GIE. Au-delà des dispositions de l'AUSC et GIE, l'Etat est soumis à d'autres contraintes qui l'empêchent de se comporter comme un actionnaire ordinaire. Par exemple, évoquant l'article 21 de l'AUSC et GIE⁽⁴¹⁾, l'on s'aperçoit que l'activité exercée par une entreprise publique peut empêcher l'Etat de se conduire dans le strict respect des dispositions de l'AUSC et GIE. C'est le cas par exemple, de l'Etat actionnaire d'une entreprise publique de télécommunications⁽⁴²⁾ ou de banque ou encore d'assurance⁽⁴³⁾. Les activités de ses secteurs étant règlementées et évoluant dans un environnement sectoriel, il arrive que l'Etat les gère, à la fois comme un actionnaire et un régulateur soucieux du secteur réglementé. Dans ce cas, l'objet social ne peut que reprendre exactement la définition légale de la profession considérée, de façon à bien correspondre, complètement et exclusivement, au statut particulier qui y est attaché.

Il est vrai que la situation de l'Etat actionnaire reste délicate. A trop jouer la logique patrimoniale qu'implique l'actionnariat, il risque d'oublier sa mission d'intérêt général au profit de ses intérêts financiers, et de se retrouver en situation, comme le disait Didier TRUCHET, de détournement de pouvoir « automatique »⁽⁴⁴⁾. Mais aussi, à trop

⁽³⁹⁾ Mme Anémone CARTIER-BRESSON, *l'Etat actionnaire*, thèse, Panthéon Assas (Paris II), Editeur, L.G.D.J., p.p. 205 & s. janv. 2010.

⁽⁴⁰⁾ V. Article 2 de l'AUSC et GIE. *Les seules exceptions possibles ne peuvent résulter que des dispositions de l'Acte uniforme lui-même et qui autoriseraient expressément soit des dispositions dérogatoires, soit des dispositions complémentaires.*

⁽⁴¹⁾ « Lorsque l'activité exercée par la société est règlementée, la société doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise ». V. art. 21, AUSC et GIE.

⁽⁴²⁾ Togo : Loi n° 98-005 du 11 février 1998 sur les télécommunications, modifiée par la loi n°2004 – 011 du 3 mai 2004. Adoption par l'assemblée nationale le 11 décembre 2012 d'une nouvelle loi sur les communications électroniques (loi 2012-018 du 17 décembre 2012). Sénégal : Code des télécommunications, Loi 2011-01 du 24 février 2001 portant code des télécommunications. Burkina Faso: Loi 05/98/AN du 24 décembre 1998 portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso.

⁽⁴³⁾ Conférence Interafricaine des Marchés d'assurances. Pour la présentation détaillée de cette institution, voir ISSA SAYEGH J, LOHOUES-OBILE J., *Acte du colloque de Ouagadougou 16-17 décembre 1999*, publication de CEEI n° 3, 2001, p. 131 et ss, spéc. P. 143.

⁽⁴⁴⁾ M. Didier TRUCHET, *préface de l'Etat actionnaire*, thèse op cit. pp 2 et s.

privilégier l'intérêt général au détriment de l'intérêt social, l'on risque de se retrouver en situation de violation des règles de droit OHADA auxquelles l'Etat lui-même, a volontairement adhéré. Cette situation nous met dans un l'embarras ou plutôt dans un dilemme cornélien quand il s'agit de déterminer le statut exact de l'Etat par rapport à l'entreprise publique. Il est partagé entre l'ambition d'utiliser le droit pour propulser le développement de son économie et l'économie communautaire⁽⁴⁵⁾ par une démarche unificatrice de la règle de droit et l'isolement. Comme le souligne K. L. JOHNSON, le choix en faveur de l'OHADA a, certes, été douloureux, d'autant plus qu'il entraîne, à certains égards, l'abandon de la souveraineté législative⁽⁴⁶⁾ quand il s'agira, par exemple, de légiférer sur l'entreprise publique d'un Etat partie. D'ailleurs de façon générale, cette question a été très tôt posée dans certains Etats parties dès l'adoption du Traité. La réponse fût aussi donnée immédiatement tant au niveau des juridictions nationales qu'au niveau de la haute juridiction communautaire africaine⁽⁴⁷⁾ ; ce qui a permis de donner une position générale commune allant au-delà des spécificités nationales qui auraient pu être prises en compte⁽⁴⁸⁾. Pour ce qui est de l'Etat, les multiples fonctions qu'il joue l'empêchent de se comporter pleinement, dans l'exercice de ses fonctions d'actionnaire, comme un privé. Il est, par exemple, le symbole de la souveraineté et du pouvoir régalien. A ce titre il est un régulateur, un protecteur de l'intérêt général et une tutelle. Cependant, l'on voit que l'AUSC et GIE considère que les actionnaires, qu'ils soient actionnaires d'une société privée ou d'une entreprise publique, sont égaux devant l'AUSC et GIE.

B. L'égalité de traitement de l'actionnaire public et de l'actionnaire privé

Au-delà d'une organisation économique et humaine⁽⁴⁹⁾, l'entreprise publique est un cadre juridique⁽⁵⁰⁾ créé par l'Etat pour la recherche de rentabilité financière⁽⁵¹⁾. Etant créée par affectation de ses biens dans le but de faire des bénéfices et d'en profiter tout en s'engageant à contribuer aux pertes⁽⁵²⁾, l'Etat n'est dans ce cas, qu'un actionnaire « parfait » comme tout autre actionnaire. Ainsi en droit, il est soumis au même traitement que les particuliers (1), bien que cette égalité soit imparfaite (2).

⁽⁴⁵⁾ nous référant au préambule du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'OHADA, p. 15.

⁽⁴⁶⁾ JOHNSON K. L., *L'intégration juridique par l'OHADA, in sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous régional, Libreville (Gabon), 02-06 novembre 2004*, éd. GIRAF, 2005, p. 61 et suiv.

⁽⁴⁷⁾ Conseil constitutionnel du Sénégal, 16 décembre 1993, Penant, numéro spécial OHADA, 1998, p. 827 note Alioune FALL.

⁽⁴⁸⁾ Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA, Presses Universitaires d'Afrique*, 2008, pp. 23 et s.

⁽⁴⁹⁾ Jean PAILLUSSEAU, *Le nouveau droit des affaires en Afrique*, Price Waterhouse Fidafrica, p. 5.

⁽⁵⁰⁾ Patrice S. A. BADJI, « Ohada et bonne gouvernance d'entreprise », *Rev. De ERSUMA ; Droit des affaires-pratique professionnelle*, n° 2 – mars 2013.

⁽⁵¹⁾ Bertrand BIGAY, « Quels sont les objectifs de l'entreprise et de ses actionnaires. », article, forum CJD Marseille, le 15 juin 2011.

⁽⁵²⁾ voir article 4 de l'AUSC et GIE.

1) Une égalité de droit

Une esquisse dans l'actionnariat d'une entreprise publique pluripersonnelle révèle que le droit anglais consacre dans certaines sociétés la hiérarchisation des associés dans le *Paterership*⁽⁵³⁾. L'on a le *full partener* (peut engager la responsabilité conjointe et solidaire des autres associés par ses actes ; sa responsabilité vis-à-vis des tiers est illimitée), *junior partener* (dont la responsabilité est limitée contractuellement et dont le rôle est réduit), et le *silent partener* (qui n'est au sens strict qu'un investisseur et n'a aucun pouvoir de gestion ; l'on peut le comparer à l'obligataire)⁽⁵⁴⁾. Même si cette distinction pointe, dans la pratique, à l'horizon en faveur de l'Etat actionnaire, elle n'existe pas dans l'AUSC et GIE révisé⁽⁵⁵⁾, celui-ci maintient la consécration de l'égalité de tous les actionnaires dont l'Etat⁽⁵⁶⁾. En d'autres termes, l'AUSC et GIE admet que l'Etat actionnaire est devenu un actionnaire ordinaire. Ce qui revient à dire que le schéma « théorique », mais voulu « pratique » par l'AUSC et GIE doit calquer les droits de l'Etat actionnaire sur ceux des autres actionnaires. A cet effet, la question qui se pose, et que s'était posée auparavant Catherine MALECKI, est de savoir si l'Etat actionnaire est un actionnaire comme les autres⁽⁵⁷⁾. En considération de l'AUSC et GIE, une réponse positive s'impose. Il n'est donc pas question que l'on considère, l'Etat actionnaire, comme le dit le grand visionnaire du droit des sociétés Y. GUYON, comme étant indéniablement un « grand actionnaire »⁽⁵⁸⁾ soumis à un traitement différent.

La lecture de certains articles montre clairement que l'Acte uniforme formule le principe d'égalité de traitement des actionnaires. Il pose le principe général : une action égale une voix. Ce principe est confirmé par certaines dispositions du même Acte uniforme ; en cas de réduction du capital par exemple. Ainsi, le respect du principe de l'égalité des actionnaires posé par l'article 543 de l'AUSC et GIE auquel l'article 628 interdit de porter atteinte, impose que tous les actionnaires soient traités de la même façon dans le cadre d'une réduction du capital⁽⁵⁹⁾. Ce principe d'égalité des actionnaires est aussi posé de façon incidente à propos de la mission des commissaires aux comptes. En effet, l'article 714 de l'AUSC et GIE dispose que « *le commissaire aux comptes s'assure enfin que l'égalité entre les associés est respectée, notamment que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits* »⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵³⁾ A. TUNC, *Le droit anglais des sociétés Anonymes*, 1999, p. 35 et s.

⁽⁵⁴⁾ Voir article de WAREHAM et D. SAMAIRES, *Tolley's Company Law Handbook*, 4^{ème} éd. Chap. 39, MTF-LAOEFI-° 106, avril 1999, CCH International, *Doing Business in Europe*, volume 2, paragraphe 90-280-90-300.

⁽⁵⁵⁾ Voir *infra* pp 49 et suiv.

⁽⁵⁶⁾ L'instauration d'un cadre clair pour les actions de préférence par les articles 755 et 778-1 à 778-15 de l'AUSC et GIE révisé.

⁽⁵⁷⁾ Catherine MALECKI : *L'Etat actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire*, *cah. de dr. de l'entreprise*, n° 5. sept.-oct. 2005. ; *L'Etat actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques*, D. 2005, *cah. dr. Aff.*, p. 1028.

⁽⁵⁸⁾ Yves GUYON, *Avant-propos, Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* : *Rev. Sociétés* 1999, p. 513 et s.

⁽⁵⁹⁾ Sur le principe de l'égalité des actionnaires, voir articles 54, 543, 628, 714 de l'AUSC et GIE.

⁽⁶⁰⁾ C'est aussi dans un souci d'égalité que le législateur a prévu de manière générale dans les articles 53 à 55 de l'Acte Uniforme « les droits et obligations attachés aux titres » des sociétés commerciales.

L'égalité de droit entre l'Etat actionnaire et un particulier actionnaire se manifeste également dans les assemblées générales. D'après l'article 125 de l'AUSC et GIE, en effet, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause en sens inverse est réputée non écrite. Dans le même sens et pour rendre contraignant le principe d'égalité des actionnaires, l'article 892 du même Acte Uniforme prévoit une sanction pénale contre toute personne qui empêcherait un actionnaire de participer aux décisions collectives de la société. L'AUSC et GIE ne fait pas de distinction entre tel ou tel actionnaire ; encore moins, ne fait pas cas de leur statut quand il s'agit de leur traitement; tous sont traités de la même manière. Le respect de ce principe permet, à nos yeux, d'éviter que les intérêts de l'Etat actionnaire, soient privilégiés ou que des avantages spéciaux lui soient accordés. Ce principe exige par conséquent que les actionnaires quels qu'ils soient, soient traités de la même manière en tenant compte des droits respectifs de chacun, conformément au principe « autant de droits que de capital »⁽⁶¹⁾. Au-delà, l'égalité de traitement des actionnaires déborde le cadre de la composition de l'actionnariat d'une société commerciale ; elle est de droit entre l'actionnaire d'une société privée et celui d'une entreprise publique.

Dans le contexte du droit OHADA, il n'est pas exagéré de dire que l'Etat est devenu un actionnaire comme un particulier et doit exercer de manière banalisée cette fonction d'actionnaire, même s'il conserve certaines spécificités qui sont inhérentes à sa nature juridique et qui font de lui un « actionnaire atypique » pas tout à fait comme les autres.

2) Une égalité imparfaite

Dans son rapport sur « l'Etat actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques » BARBIER de la SERRE, faisait remarquer que l'Etat n'exerce pas sa fonction d'actionnaire de façon satisfaisante. Selon ce rapport destiné aux entreprises françaises, si les progrès ont été récemment réalisés, ils ont atteint leurs limites dans l'organisation actuelle du fait de la confusion des rôles de l'Etat à l'égard des entreprises⁽⁶²⁾. L'Etat actionnaire dans le cadre du droit de l'OHADA n'échappe pas à cette situation pas très claire du rôle qu'il joue dans son entreprise. Restant dans le cadre d'une entreprise publique pluripersonnelle, l'on s'aperçoit que l'Etat ne peut pas être un actionnaire comme les autres pour certaines raisons dont quelques-unes sont les suivantes :

- Les dirigeants sociaux sont nommés par un collège des ministres, constitué sous un organe communément connu sous le nom de Conseil de surveillance ;
- Les stratégies commerciales par exemple, sont validées par le gouvernement en fonction d'impératifs qui dépassent souvent l'intérêt de entreprise;
- Les stratégies s'inscrivent dans le long terme, contrairement à la pratique observée dans le secteur privé soumis à la logique du dividende ;

⁽⁶¹⁾ Voir Pascal HAINAUT-HAMANDE et Gilberte RAUCQ, *L'égalité des actionnaires de la SA*, *Rev. Pratique soc.* 1997, p. 238.

⁽⁶²⁾ Cité par LOMBARD, *les garanties accompagnant la privatisation de Air France : Les enjeux juridiques* ; *RD publ.* 2003.1389.

- L'idée d'une autonomie totale de l'entreprise publique ne correspond pas à une réalité incontournable.

Il faut relever aussi que l'AUSC et GIE porte en son sein les germes d'une rupture d'égalité entre les actionnaires. Alors que l'on croyait à une unité des actionnaires, l'expérience a révélé une diversité très grande de leur psychologie, de leur comportement, de leur condition, de leur rôle dans la société commerciale. Cette opinion de P. S. A. BADJI⁽⁶³⁾ traduit l'hétérogénéité de la situation des actionnaires.

En effet, au-delà de l'abus de majorité qui rompt l'égalité des actionnaires et porte un coup d'arrêt à l'*affectio societatis*, il existe certaines règles qui traduisent cette situation. Ainsi, l'on a l'article 548 de l'AUSC et GIE qui prévoit que les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux AGO. Se basant sur cette disposition, et dans le cas où seul l'Etat a le minimum exigé, il peut empêcher les autres actionnaires d'exercer leurs droits politiques même si cette clause peut être contournée par le groupement de plusieurs actionnaires pour atteindre le nombre minimum d'actions requis. Comme le soutiennent certains auteurs, être destinataire d'une convocation n'ouvre pas nécessairement la porte de l'assemblée car un certain nombre de restrictions existent, réglementant l'accès et la participation à l'AG⁽⁶⁴⁾. L'on constate que cette situation est exacerbée par l'absence en droit OHADA non seulement du droit de retrait, c'est-à-dire l'hypothèse où les actionnaires manifestent leur dissidence suite à des changements importants au sein de l'entreprise, mais également de la *class action* comme aux Etats-Unis, pour les actionnaires minoritaires⁽⁶⁵⁾.

L'article 520 peut également être cité comme une source d'inégalité « autorisée » prévue par l'AUSC et GIE. Celui-ci pose une condition de représentativité financière pour qu'un actionnaire puisse faire inscrire à l'ordre du jour son projet de résolution. C'est dire que l'actionnaire qui n'a pas le pourcentage requis ne peut prétendre à ce droit. De même, puisque les actions de préférence⁽⁶⁶⁾ s'opposent aux actions ordinaires en ce sens qu'elles procurent à leurs titulaires des avantages que ne comportent pas les actions ordinaires, l'on affirmer que les dispositions y afférentes admettent l'inégalité dans le traitement des actionnaires.

Sur le point de traitement égalitaire des actionnaires d'une entreprise publique donnée, l'on peut dire que le législateur de l'OHADA a fait preuve de la prévalence de l'idéologie sur le réalisme. Il a sans nul doute, ignoré les fonctions régaliennes que peut jouer l'Etat soit pour asseoir sa domination dans un secteur d'activité donné, soit pour réguler l'économie ou soit encore pour des raisons politiques. Cette situation est source de certaines difficultés d'application effective du principe de l'égalité prôné par l'Acte

⁽⁶³⁾ Patrice S. A. BADJI, op. cit. p 5 et S

⁽⁶⁴⁾ Fabien RENOUE, « L'Assemblée Générale Ordinaire ou annuelle », P 1, JDN, juillet 2014. Eric ROIG, « La convocation de l'Assemblée Générale-SA », Rev. Droit-finances, p. 1, juin 2014.

⁽⁶⁵⁾ La procédure de la *class action* est une procédure mise en place aux Etats-Unis à la suite du krach boursier de 1929 était destinée à protéger les petits épargnants en leur permettant d'intenter un procès contre les sociétés sans engager de pourcentage (*contingency fee*).

⁽⁶⁶⁾ Articles 778-1 à 778-15 de l'AUSC et GIE révisé ; com. Michel F. SAWADOGO, séminaire international de formation, 11, 12, 13 juin 2014 à Ouagadougou op. cit. p. 34.

uniforme. Il est d'ailleurs illusoire, comme l'a écrit A. A. de SABA⁽⁶⁷⁾, d'espérer la disparition totale des difficultés d'application des textes de l'OHADA en général et de ceux de l'AUSC et GIE en particulier. Ceci rejoint l'inquiétude du professeur J. PAILLUSSEAU qui écrivait à propos de ces difficultés qu'« un tel bouleversement va, évidemment, poser de nombreuses difficultés qu'il faudra résoudre dans les mois qui viennent. Mais, c'est principalement au jour le jour qu'elles apparaîtront et qu'il faudra les régler »⁽⁶⁸⁾. Il est certes vrai que les difficultés d'application dont parlent les auteurs cités ci-dessus, ne sont pas propres à l'Etat ; mais de ces difficultés d'application, celui-ci ne sort pas indemne ; il devient, comme le soulignent Aicha BOUCHIKHI et A. BENDIABDALLAH, un actionnaire paradoxalement impuissant⁽⁶⁹⁾ avec le recul de ses prérogatives de puissance publique.

Pag II. Le recul des prérogatives de puissance publique

En application de l'AUSC et GIE, une fois constituée, pour peu qu'elle accomplisse des actes de commerce et en fasse sa profession habituelle et quel que soit son objet, l'entreprise publique est commerciale⁽⁷⁰⁾ ; elle acquiert, de ce fait, une certaine autonomie vis-à-vis de l'Etat actionnaire. Etant commercial par nature ou par objet, il serait injuste d'autoriser son propriétaire (l'Etat) à exercer dans son rôle d'actionnaire, ses prérogatives de puissance publique qui sont des moyens d'action propres à l'Etat et qui par définition, sont constitués des pouvoirs qui ne sauraient exister dans les rapports entre particuliers ou dans le commerce⁽⁷¹⁾. L'on verra donc que l'idée de puissance publique réservée à l'Etat et à l'administration publique semble incompatible avec le droit des sociétés (A) quoi que l'on observe que l'idée de puissance publique est omniprésente dans la façon de faire de l'Etat dans l'entreprise publique (B).

A. L'incompatibilité de la notion de puissance publique avec le droit des sociétés

La puissance publique représente le pouvoir de commandement unilatéral qui permet à l'Etat d'imposer ses décisions aux sujets de droit et d'en obtenir, dans le cas échéant, l'exécution par la contrainte. Or, dans l'exploitation des sociétés commerciales, les actionnaires doivent, théoriquement, être égaux en droit. C'est donc à juste titre que le législateur africain n'a pas fait cas de la notion de puissance publique dans l'AUSC et GIE (1), une absence, à nos yeux, inhérente au caractère contraignant de la notion de puissance publique (2).

⁽⁶⁷⁾ Apollinaire A. de SABA, *OHADA La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales*, préface de Jean BASTIN, coll. « Espace juridique », les Ed. de la rose bleue, p. 166.

⁽⁶⁸⁾ Jean PAILLUSSEAU, *Le nouveau droit des affaires en Afrique*, Price Waterhouse Fidafrica, p. 5.

⁽⁶⁹⁾ Aicha BOUCHIKHI et A. BENDIABDALLAH, *Gouvernance des entreprises publiques : quel rôle pour l'Etat actionnaire*, CADRES- CFDT, n° 407, octobre 2003.

⁽⁷⁰⁾ Akuté Pedro SANTOS, *op. cit.* n°6, p. 2.

⁽⁷¹⁾ V. Maurice HAUROU, *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, P. LAROSE, 1900-1901, Pp. 227-237.

1) L'absence de référence à la puissance publique dans l'AUSC et GIE

Il serait paradoxale que l'AUSC et GIE fasse allusion à la puissance publique dans le fonctionnement des sociétés commerciales, dans la mesure où derrière la puissance publique, se cache un absolutisme. Pourtant, admettre que l'Etat puisse être actionnaire et ne pas invoquer la notion de puissance publique pourrait être une illusion. C'est pourquoi, l'on est porté à croire que derrière l'exception prévue à l'article 916 de l'AUSC et GIE se cache l'expression de la puissance publique voulue par le législateur africain. De même, à travers l'article 30 de l'AUPSRVE, le législateur africain semble mettre en évidence la notion de puissance publique dans l'entreprise publique.

L'exception prévue par l'AUSC et GIE tient exclusivement à la particularité invoquée par l'article 916 dudit Acte uniforme pour ce qui concerne les sociétés soumises à un régime particulier. Il est vrai que la notion de puissance publique n'apparaît pas clairement dans cet article. Mais, de l'interprétation large et combinée des articles 908, 916 et 919 de l'AUSC et GIE, il se dégage que les dispositions législatives et réglementaires spécifiques auxquelles sont soumises les sociétés à régime particulier subsistent, dans la mesure où elles ne sont pas contraires à celles dudit Acte uniforme⁽⁷²⁾. En d'autres termes un texte législatif ou réglementaire du droit interne qui n'est ni contraire, ni identique à l'AUSC et GIE, mais qui contient des dispositions faisant référence à la puissance publique peut être appliqué à l'entreprise publique régie par l'article 916 de l'AUSC et GIE.

Pour ce qui est de l'article 30 de l'AUPSRVE, il est dit clairement que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Cette disposition lacunaire, ne donne pas de précision légale sur la notion de personnes physiques ou morales bénéficiant de l'immunité d'exécution. La jurisprudence de l'OHADA dans l'affaire AZIABLEVI Yovo c/TOGOTELECOM⁽⁷³⁾ précise que parmi les personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution, figurent incontestablement l'Etat et ses propriétés. La question se pose dès lors de savoir si cette immunité d'exécution est accordée à l'Etat en considération de sa puissance publique. Tout laisse croire que cette immunité est liée de façon consubstantielle à la notion de puissance publique.

Tout compte fait, il est remarquable d'observer que la puissance publique n'est pas inscrite dans l'AUSC et GIE. Même si cette notion existe par interprétation de certains articles dudit Acte uniforme, notamment l'article 916, elle n'est pas expressément évoquée comme un élément pouvant être pris en compte dans l'application de l'Acte uniforme à l'entreprise publique.

⁽⁷²⁾ Mukendi WAFWANA et Upio KAKURA, *La protection des entreprises du portefeuille de l'Etat en conséquence de l'adhésion de la RDC à l'OHADA*, LEXOLOGY, 25 mars 2013.

⁽⁷³⁾ Voir CCJA dans sa décision N° 043/2005, Aff. AZIABLEVI Yovo c/ TOGOTELECOM.

2) L'absence inhérente au caractère contraignant de la puissance publique

Expression de pouvoir de commandement unilatéral, dont seul l'Etat est titulaire naturel et exclusif, la puissance publique ne peut être exercée dans une entreprise publique commerciale. Inscrire cette notion dans l'Acte Uniforme serait dénier le principe d'égalité de droit des actionnaires, car elle s'exprime en termes de supériorité et de représentation par laquelle sont systématisées les prérogatives de puissance publique dont dispose l'Etat afin de poursuivre ses missions d'intérêt général⁽⁷⁴⁾. Or dans une entreprise publique qui se veut commerciale, l'intérêt social⁽⁷⁵⁾ prime tant sur l'intérêt de l'actionnaire que sur celui des tiers. En plus de cela, l'exercice de la puissance publique dans l'entreprise publique signifierait que l'Etat actionnaire, dans un conflit qui l'opposerait à un autre actionnaire par exemple, pourra faire valoir le privilège du préalable et faire exécuter toute décision avant vérification par le juge. Egalement, l'Etat actionnaire peut faire valoir la prérogative de l'exécution provisionnelle, c'est-à-dire la poursuite de l'exécution nonobstant la contestation de la régularité de l'acte de justice par un autre actionnaire.

Les deux caractéristiques de la puissance publique que sont le privilège du préalable et la prérogative de l'exécution provisionnelle sont à elles seules éloquentes pour justifier le refus de prendre en compte la notion de puissance publique par l'AUSC et GIE. De même l'acceptation de la puissance publique conduirait l'Etat actionnaire à jouir, comme le souligne A. GESLIN, de la troisième caractéristique de la puissance publique : la prérogative de l'exécution forcée ou de l'exécution d'office⁽⁷⁶⁾. Autrement dit, l'Etat actionnaire pourra faire exécuter par la force ou d'office une décision contre un créancier soit-il actionnaire ou non.

Tout compte fait, l'analyse des dispositions de l'AUSC et GIE montre clairement que dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise publique, il n'y a pas de place pour la puissance publique. Cependant, il subsiste des éléments de puissance publique qui apparaissent en filigrane derrière l'Etat actionnaire tels que : la nomination des dirigeants par les membres du gouvernement et les liens que caractérise le contrôle technique et financier de l'Etat. Cette notion innervé l'ensemble des fonctions dévolues à l'Etat.

B. La persistance de la puissance publique inhérente à l'Etat

Suivant la théorie du droit constitutionnel, l'idée de puissance publique est en effet un des trois éléments, avec le peuple et le territoire, qui sert à définir l'Etat. Celui-ci est présenté comme « une communauté d'hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres,

⁽⁷⁴⁾) Charlotte DENIZEAU, *l'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union Européenne*, Bibliothèque de droit public, T. 239, LGDJ 2004.

⁽⁷⁵⁾ *L'intérêt de la société en tant qu'entité autonome.*

⁽⁷⁶⁾ Albane GESLIN, *Puissance publique et Droit international*, in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA-5, coll. Colloques et débats, Lexis, 2012, Pp. 269-286.

une puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition »⁽⁷⁷⁾. De cette définition, l'on peut démontrer davantage que sans puissance publique, l'on ne peut pas parler d'Etat ; il est l'incarnation de la puissance publique (1) qui lui permet, dans l'entreprise publique, de jouer non seulement son rôle de défenseur de l'intérêt social mais aussi celui de l'intérêt général (2).

1) L'Etat : une incarnation de la puissance publique

Il n'est pas question ici de montrer les différentes théories de l'Etat. Néanmoins, leur connaissance sommaire permettra d'appréhender le lien juridique entre l'Etat et la puissance publique et partant, l'implication de celle-ci dans les rouages de la vie de l'entreprise publique dans le cadre de l'AUSC et GIE.

En effet, au sein des grands courants modernes du droit international, il est constant qu'au-delà de leurs conceptions divergentes de l'Etat, les auteurs donnent une définition de l'Etat, qui aboutit toujours à mettre l'accent sur la notion de puissance publique, critère de l'autorité⁽⁷⁸⁾. Pour ANZILOTTI par exemple, il se définit par le fait qu'il soumet le groupe social organisé à l'autorité d'un pouvoir unitaire⁽⁷⁹⁾. Pour KELSEN, l'Etat est un ordre de contrainte⁽⁸⁰⁾. Ce qu'on appelle puissance publique est la vitalité d'un ordre juridique étatique effectif, ajoute-t-il. Dans le même sens, CARRE de MELBERG soutient que par-dessus tout, ce qui fait un Etat, c'est l'établissement au sein de la nation d'une puissance publique s'exerçant supérieurement sur tous les individus⁽⁸¹⁾. Pour HAURIOU, l'institution de l'Etat repose sur la puissance publique⁽⁸²⁾. Et c'est ce que DUGUIT appelle la puissance de contrainte irrésistible⁽⁸³⁾. Enfin, pour G. BURDEAU, en dehors de l'Etat et antérieurement à lui, la puissance publique n'existe pas à proprement parler⁽⁸⁴⁾.

A l'analyse de tout ce qui précède, il ressort que l'Etat est souverain, il possède donc un pouvoir absolu de décider en dernier ressort en interne et en externe, il jouit de l'indépendance à l'égard des autres Etats⁽⁸⁵⁾. En cela, l'Etat n'a pas d'égal dans l'ordre interne ni de supérieur dans l'ordre international, où il n'est limité que par le droit international et par ses propres engagements comme ceux pris dans le cadre du Traité de l'OHADA. Fort de ceci, aucun Etat partie, encore moins aucune entreprise publique commerciale ne peut se soustraire des exigences du Traité de l'OHADA. Ce qui voudrait dire que dans le cadre du droit OHADA, l'Etat se voit dépouillé théoriquement parlant,

⁽⁷⁷⁾ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1. P. 7. V. également, H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945, réed. L.G.D.J. 1977. p. 305.

⁽⁷⁸⁾ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945, Bruylant-L.G.D.J., réed. 1977, p. 244, sur le même sujet voir, J. D. MOUTON, *La Notion d'Etat et le droit international public*, Droits ; n° 16, 1991, pp. 45 et s.

⁽⁷⁹⁾ D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, 1929, Réed. Panthéon

⁽⁸⁰⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad ; C. ESEINMAN, Dalloz, 1962, 496, PP ; 380 et 383.

⁽⁸¹⁾ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1. P. 7.

⁽⁸²⁾ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, Sirey, 759 P. 103.

⁽⁸³⁾ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, 3è éd. 1927, t. I. 763, p. 540.

⁽⁸⁴⁾ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. 2, p. 226.

⁽⁸⁵⁾ Jean Paul JACQUE, *Droit constitutionnel et institutions politiques, mémentos*, 5^{ème} Ed. pp. 7 et 8.

de tous ses droits régalien et mis sur un pied d'égalité avec les actionnaires ordinaires. Mais en interne, l'Etat conserve tous les attributs que lui accorde la puissance publique, mais dont il ne peut, dans la pratique se prévaloir, puisque qu'il est limité par ses engagements internationaux. Tous les attributs de l'Etat puissance publique sont appelés à disparaître pour faire place à l'indépendance totale des dirigeants de l'entreprise; l'Etat se bornant seulement à valider comme « simple actionnaire », la stratégie proposée par les dirigeants sociaux. Ceux-ci, tout en respectant les règles de droit doivent désormais s'évertuer à obtenir, pour les restituer aux ministères de tutelle, des informations permettant notamment d'évaluer, dans un but préventif, les risques que peut courir l'entreprise publique. Si tel était le cas dans la pratique, nous dirions que l'Acte uniforme consacre sans réserve la séparation effective de l'Etat puissance publique et de l'Etat actionnaire. Le législateur européen a vite compris la nécessité de cette séparation en faisant remarquer dans l'une de ses directives que la transparence « doit permettre de distinguer clairement entre le rôle de l'Etat en tant que pouvoir public et son rôle en tant que propriétaire »⁽⁸⁶⁾. Cette distinction procède, selon la Cour européenne de justice, de la reconnaissance du fait que l'Etat peut agir, soit en exerçant l'autorité publique, soit en exerçant des activités économiques de caractère commercial consistant à offrir des biens et des services sur le marché⁽⁸⁷⁾. Ce raisonnement implique que l'Etat dans l'exercice du commerce, peut utiliser aussi les moyens que lui donne la puissance publique pour défendre l'intérêt général.

2) L'Etat : un défenseur de l'intérêt général

Les dispositions de l'AUSC et GIE étant conçues par essence pour être appliquées aux sociétés de droit privé, elles paraissent trop contraignantes pour l'entreprise publique ; et pour cause : la notion même de l'entreprise publique contient en elle, l'idée d'une volonté d'intervention de l'Etat que traduit le mot « publique »⁽⁸⁸⁾. Or toute consonance « public » correspond à l'intérêt général⁽⁸⁹⁾. D'ailleurs, pourra-t-on parler de l'entreprise publique, ce « patrimoine collectif » sans se référer à l'intérêt général ? A cette interrogation, l'école du service public (qui remet en cause la doctrine de la puissance publique soutenue par M. HAURIOU)⁽⁹⁰⁾, proposée par L. DUGUIT, considère que les prérogatives de puissance publique contiennent en leur sein le monopole de la contrainte et les avantages qui lui permettent de faire valoir l'intérêt général⁽⁹¹⁾ qui reste une référence de l'action de l'autorité publique (a) dont la mise en cause est limitée par la soumission de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE (b).

⁽⁸⁶⁾ Sixième considérant de la Directive 80/723 de 1980 du 25 juin 1980.

⁽⁸⁷⁾ Dispositif de l'arrêt C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c/Italie*, aff. 118/85, rec. P. 2599, pts 6 et 7.

⁽⁸⁸⁾ J.-P. NIOCHE, *Gérer l'ambiguïté, l'entreprise publique en question*, *Revue Française de Gestion*, n° 21 mai-juin 1979, pp. 76-82.

⁽⁸⁹⁾ CE, Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, R. 583 ; RDP, 1930, 530, Concl. JOSSE ; S. 1931, 3, 73, concl. JOSSE, note ALIBERT ; GAJA, 282 ; Selon le CE, la notion de service public se définit matériellement comme une activité d'intérêt général gérée par une personne publique ou sous son contrôle étroit.

⁽⁹⁰⁾ HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit administratif*, Larose, 6^e éd. 1907, 915 p., p. 369 et s.

⁽⁹¹⁾ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2 : *Théorie générale de l'Etat*, Paris, Boccard, 1923 ; Gilles J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, éd. Montchrestien, coll. Domat, novembre 2011.

a) L'intérêt général : une référence de l'intervention de l'autorité publique dans l'entreprise publique

Selon le vocabulaire des termes juridiques de Gérard CORNU, l'intérêt général est « ce qui est pour le bien public »⁽⁹²⁾. L'entreprise publique avec l'Etat comme actionnaire unique peut être considérée comme un bien public créée et contrôlée par les pouvoirs publics pour accomplir une mission d'intérêt général⁽⁹³⁾. C'est d'ailleurs dans cette logique que la jurisprudence administrative française a consacré la notion d'intérêt général « social »⁽⁹⁴⁾. Il faut dire également que l'intervention de l'Etat dans l'économie, non seulement comme régulateur, mais aussi comme acteur actionnaire, a vu apparaître la notion d'intérêt général économique entérinée par le Traité de Rome du 25 mars 1957. Actuellement, la notion d'intérêt général est, tant soit peu, une référence dans la gestion de l'entreprise publique de droit privé.

Dans la pratique et en vue de satisfaire l'intérêt général, les usages devraient pouvoir permettre à l'Etat actionnaire de prendre des actes unilatéraux fondés sur les prérogatives de puissance publique dont il est investi. Par exemple, l'Etat peut mettre en œuvre le privilège du préalable pour décider que les bénéfices d'une entreprise publique lui soient attribués sans avoir à respecter la prescription légale de constitution de réserves légales. C'est par exemple, au nom de l'intérêt général que le Conseil d'Etat en France, a écarté la responsabilité du fait d'une loi estimant que toute loi intervenue dans l'intérêt général et prééminent, exclut implicitement la volonté de réparer les dommages nés de la violation d'un traité⁽⁹⁵⁾. Une pareille jurisprudence pouvait s'appliquer aux textes issus du Traité de l'OHADA malgré sa supra nationalité. Mais, l'on observe que selon la logique de la prééminence de l'AUSC et GIE, la souveraineté de l'Etat a du mal à s'établir quand il s'agit de la gestion de l'entreprise publique. Sur ce point, l'on voit qu'il est regrettable que le législateur africain n'ait pas précisé que quand il s'agit de l'intérêt général, l'application de l'AUSC et GIE est mise en veilleuse. L'on constate qu'il est resté général et vague en prévoyant seulement que l'AUSC et GIE n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier⁽⁹⁶⁾. Faut-il alors conclure que ce régime particulier peut englober l'entreprise publique ?⁽⁹⁷⁾. Ce devait au seul nom de l'intérêt économique général que sont justifiées certaines atteintes au principe d'égalité qui s'applique également entre actionnaires. En effet, les jurisprudences administrative et constitutionnelle en France par exemple, ont autorisé que dans des situations différentes, soient prises des règles de portée différente quand bien

⁽⁹²⁾ Association Henri Capitant, sous la direction de Gérard CORNU, *vocabulaire juridique*, « intérêt général », p. 496.

⁽⁹³⁾ En son article 2, la Loi congolaise (République) n° 78-002 du 6 janvier 1978 sur les entreprises publiques et le régime de droit privé, l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général est l'une des conditions pour définir l'entreprise publique.

⁽⁹⁴⁾ TC, 22 janvier 1955, Naliato, R, 614 ; RPDA, 1955, 53, Concl. CHARDEAU, RDP, 1955, 776, note WALINE ; D, 1956, 68, note EISENMANN.

⁽⁹⁵⁾ CE 14 janv. 1938, Comp. Gen. De Grande Pêche, R 38 ; D, 1938, 3, 41, note ROLLAND ; S, 1938, 3, 25, note Laroque. Décision du 17 décembre 1981, NAWEWA contre ANSEAU ; décision. Du 10 déc. 1982, British Télécom.

⁽⁹⁶⁾ Voir article 916 de l'AUSC & GIE.

⁽⁹⁷⁾ *Infra* p. 320 et suiv.

même cela porterait atteinte au principe d'égalité qu'à la seule condition que ces discriminations soient justifiées par l'intérêt général⁽⁹⁸⁾.

L'on s'aperçoit que l'AUSC et GIE de son côté, n'a pas fait de tri entre les entreprises publiques ayant pour vocation l'exercice d'une activité d'intérêt général et celles ayant pour activité le commerce; il n'a pas fait non plus cas des actes de gestion ayant trait à la l'intérêt général. Du coup, il remet en cause le statut de l'Etat en tant que garant de l'intérêt général.

b) La remise en cause du statut de l'Etat en tant que garant de l'intérêt général

L'Etat a en effet, des difficultés à se comporter pleinement en actionnaire entendu comme un propriétaire soucieux de son patrimoine et qui, à cette fin, entend exercer un contrôle efficace sur la stratégie de l'entreprise. Dans sa rédaction, l'Acte Uniforme vise, en ce qui concerne l'entreprise publique, à inciter l'Etat, voire à le contraindre à se comporter comme un actionnaire « ordinaire ». Cet encadrement l'éloigne de l'un de ses rôles : celui de garantir l'intérêt général. L'application de l'AUSC et GIE à certaines branches d'activités dans les Etats parties, telles que l'eau et l'électricité par exemple, suppose que ces Etats abandonnent leur rôle de contrôleur sur des prix pour ne conserver que le rôle de régulateur. Cependant, dans la pratique, pour éviter une remise en cause de son rôle dans la mise en œuvre de l'intérêt général, qu'il soit actionnaire majoritaire ou exclusif, l'Etat, suivant les termes de M. Jacques LESOURNE, cette « espèce très résistante »⁽⁹⁹⁾, semble refusé de se reposer sur les seules prérogatives politiques que lui offre l'AUSC et GIE pour contrôler ou administrer l'entreprise publique. Les exigences de l'intérêt général le conduit à y ajouter certaines méthodes empruntées aux techniques classiques du droit administratif (par exemple, la tutelle sur l'entreprise et sur les organes sociaux). Bien sûr que cette superposition ne peut qu'aboutir à des contradictions avec les dispositions de l'AUSC et GIE. D'un côté, l'Etat intervient en tant qu'actionnaire, au titre de ses participations, qui lui permettent de prendre part à l'exercice du pouvoir décisionnel des organes de direction. Sur cet aspect, l'Etat fonde son action certainement, sur la notion juridique d'intérêt décisionnel des organes sociaux. De l'autre côté, il intervient en tant que tutelle, en exerçant des pouvoirs exorbitants de droit commun qui tendent à limiter le pouvoir général pour intervenir ou au moins, contrôler l'entreprise publique qui, comme le souligne J.-M. PONTIER⁽¹⁰⁰⁾, constitue incontestablement un mode d'organisation privilégié pour l'exercice de l'activité d'intérêt général. Opposer donc à l'Etat actionnaire les dispositions de l'AUSC et GIE, serait lui ôter l'essence même de son existence en tant que personne publique. En prenant donc pour élément de mesure le caractère public de l'entreprise, l'on se dirige inéluctablement vers une relégation au second plan les règles du droit OHADA dans la gestion de l'entreprise

⁽⁹⁸⁾ CE, 29 juin 1951, *Syndicat de la raffinerie du soufre française*, R, 377 ; D, 1951,661, note WALINE ; S. 1952, 3, 33, concl. BARBET, note M.L. ; CE, sect. 29 déc. 1977, *Comm. De Nanterre*, R, 499 ; AJDA, 1998, 102, chr. GIRARDO et RAYNAUD ; Quot. Jur., 1998, 19, 5, note PELISSIER, RDP, 1998, 899, note BORGETTO ; PA, 1998, 12, note, ALLOITEAU.

⁽⁹⁹⁾ Jacques LESOURNE, *Etat ou entreprise qui gouvernera demain*, colloque, SENAT, 2007, égal. Richard Abel MUSGRAVE, « Les trois fonctions de l'Etat » extrait de *l'économie politique de Jacques GENEUREUX*, éd. Larousse Bordas 1996.

⁽¹⁰⁰⁾ J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-il encore ?*, Dalloz, 1998, chr., p. 327 et s.

publique ; car celles-ci, plus guidées par la protection de l'intérêt individuel et social, ne font pas bon ménage avec les règles de droit administratif plus orientées vers l'intérêt général.

Ces considérations évoquées ci-dessus ont certes, des conséquences sur le contrôle de l'entreprise publique, car il suppose l'intervention des pouvoirs publics dont les méthodes utilisées à cette fin ne sont pas toujours celles du droit OHADA. Les pratiques de l'Etat dans la gestion de l'entreprise demeurent et mettent à mal l'application effective des dispositions de l'AUSC et GIE à cette entité économique constituée sous la forme de SA et qui de ce fait, devrait être soumise complètement à cet Acte Uniforme.

Section II. Le relatif affaiblissement du régime juridique de l'entreprise publique par le droit OHADA

L'identification, sur le plan juridique de la notion d'entreprise publique révèle les rapports antagonistes entre le droit administratif et le droit de l'OHADA. Cependant, l'application de l'AUSC et GIE a contribué à infléchir les données de base caractérisant l'entreprise publique, car l'analyse des dispositions de l'AUSC et GIE montre que celui-ci ne poursuit qu'un but d'intérêt individuel et social ; alors que comme le souligne DECOOPMAN, l'impératif de service public cédant parfois le pas à celui de l'efficacité et de la rentabilité⁽¹⁰¹⁾. Il se révèle donc que le rapprochement par l'AUSC et GIE diminue un pan de la fonction de l'Etat. D'ailleurs, Si l'on se réfère à la communication orale de Guillaume PROTIERE⁽¹⁰²⁾, plus qu'un rapprochement, l'AUSC et GIE assimile l'entreprise publique à la société commerciale privée (Pag. I), malgré que cette situation entraîne, sans nul doute, des difficultés pour ce qui concerne l'administration de l'entreprise publique par l'actionnaire unique (Pag. II).

Pag I. L'assimilation de l'entreprise publique à la société commerciale

Affirmer que l'on assiste avec l'AUSC et GIE à une assimilation de l'entreprise publique à la société commerciale n'est pas neutre. L'on observe, en effet que tant le champ que les moyens pour le fonctionnement de l'entreprise publique sont les mêmes que pour la société commerciale. En effet, des 920 articles que compte l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE, l'entreprise publique n'en revendique formellement qu'un : l'article 1^{er} qui la consacre. Constituée sous la forme d'une SA unipersonnelle, l'Acte Uniforme ne réserve que trois articles à cette forme de société : L'article 5 qui consacre celle-ci, l'article 201 al. 4 qui règle le problème de sa transmission et l'article 385 al. 2 qui la rattache à la SA pluripersonnelle. Evidemment, à s'en tenir à l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, l'entreprise publique longtemps considérée comme une notion équivoque et vide de contenu juridique précis⁽¹⁰³⁾, ne peut plus échapper au droit privé. Au vu de cela, il n'est pas surprenant de dire que l'AUSC et GIE ne fait pas de distinction

⁽¹⁰¹⁾ Citée par Nicole DECOOPMAN, *Entreprises publiques, et efficacité*, RFAP, n° 20, oct-déc. 1981.

⁽¹⁰²⁾ Guillaume PROTIERE, « L'entreprise, u modèle pour les personnes publiques ? », *Colloque, Institut catholique de Lyon*, 31 mai 2013, in *Droit de la famille 2013*, Pp. 17-19.

⁽¹⁰³⁾ Alexis COFFI AQUEREBURU, *L'Eta justiciable de droit commun dans le Traité de l'OHADA*, *Revue de Droit Uniforme Africain*, N° 000-09/08/2010.

entre l'entreprise publique et les autres sociétés commerciales. L'on verra donc que l'entreprise publique est soumise à certains rituels qui la fixent comme une société commerciale au sens de l'AUSC et GIE : elle doit s'immatriculer au RCCM (A) et accomplir les actes de commerce (B).

A. L'immatriculation au RCCM obligatoire : le gage de la commercialité et de l'acquisition de la personnalité morale pour l'entreprise publique

Dans le souci de mettre sur un pied d'égalité l'entreprise publique et les autres sociétés commerciales, l'AUSC et GIE, dans un silence éloquent exclut du système de gestion de l'entreprise publique, tout ce qui a rapport à la puissance publique. En clair, dans les activités commerciales, tous les attributs de l'Etat (visas préalables d'opérations et droit de veto par exemple) n'existent pas. Aussi, l'AUSC et GIE fait-il de l'immatriculation de l'entreprise publique au RCCM, une condition d'acquisition de la personnalité morale et dans une moindre mesure une preuve de sa commercialité.

Il n'est pas rare en effet, de constater que certaines entreprises publiques, avant l'introduction du droit OHADA, ne s'étaient pas immatriculées au RCCM. Ce qui ne semble pas étonnant puisque les lois nationales d'alors ne les y obligeaient pas⁽¹⁰⁴⁾. L'on peut déduire, sans risque de se tromper, que ces entreprises n'avaient pas de personnalité juridique, car la loi française du 24 juillet 1966 qui s'appliquait dans la plupart des Etats parties et qui venait en comblement des omissions des lois nationales relatives à la gestion des entreprises publiques, prévoit que toute société commerciale n'ayant pas accompli les formalités d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, n'a pas de personnalité juridique.

L'AUSC et GIE est venu fixer la règle en faisant de l'immatriculation au RCCM, une condition obligatoire pour l'acquisition de la personnalité juridique pour toute société commerciale dont l'entreprise publique. Cette formalité lui confère juridiquement la personnalité juridique conformément aux dispositions de l'article 98 de l'AUSC et GIE. Tel n'est pas le cas des Etats comme la France, où l'immatriculation n'induit pas, contrairement à une société ordinaire, l'acquisition par l'entreprise publique de la personnalité morale ; ce qui est logique car celle-ci lui est directement attribuée par le texte législatif ou règlement la créant⁽¹⁰⁵⁾. Cette option aurait-elle pu être offerte à l'entreprise publique dans l'espace OHADA. Si tel était le cas, le principe de l'égalité de traitement juridique des sociétés commerciales ne serait qu'une pure théorie de l'esprit. C'est donc à juste titre que l'AUSC et GIE en a décidé autrement. Le décret créant l'entreprise publique ne peut pas, à lui seul, conférer à l'entreprise publique la personnalité juridique ; empruntant l'une des formes visées à l'article 6 de l'AUSC et GIE⁽¹⁰⁶⁾, elle doit accomplir les formalités d'immatriculation au R.C.C.M. Cette formalité lui permet d'avoir une existence juridique⁽¹⁰⁷⁾ ; au cas contraire, elle est une société en participation ou société créée de fait⁽¹⁰⁸⁾ qui ne sont pas nécessairement commerciales par leur forme.

⁽¹⁰⁴⁾ POYET, *op. cit.* p. 55.

⁽¹⁰⁵⁾ V. Loi togolaise de 1990 *op.cit.*

⁽¹⁰⁶⁾ La commercialité par la forme est acquise aux S.N.C., S.A.R.L., S.A. et S.C.S. Ces sociétés, quelle que soit la nature de leur objet, sont commerciales.

⁽¹⁰⁷⁾ V. Alexandre GRABOY- GROBESCO, *Droit public économique, Mémento*, p. 142.

⁽¹⁰⁸⁾ V. Article 114, 115 et 854, 864 et suiv de l'AUSC et GIE.

Par la force de l'AUSC et GIE, l'entreprise publique est devenue une entreprise privée par « destination ». En cela, elle est désormais soumise aux exigences de la complexité des sociétés commerciales de droit privé⁽¹⁰⁹⁾. De même, tous les actes que ses dirigeants auront à accomplir pour son compte, sont qualifiés d'actes de commerce par nature ou par accessoire, étant entendu qu'elle-même, par sa forme, est une société commerciale par définition de l'AUSC et GIE.

B. L'accomplissement des actes de commerce par l'entreprise publique

Un acte de commerce est un acte ou un fait juridique soumis aux règles du droit commercial en raison de sa nature, de sa forme ou de la qualité de commerçant de son auteur. De cette définition il ressort que les actes de commerce peuvent être regroupés en trois (03) catégories⁽¹¹⁰⁾: les actes de commerce par nature, les actes de commerce par la forme et les actes de commerce par accessoire. Pour ce qui concerne l'entreprise publique, seuls les actes de commerce par nature retiendront notre attention, puisque, par sa forme, elle est commerciale et effectue des achats, pas nécessairement pour la revente, mais pour les besoins de son activité commerciale. La commercialité de l'activité confère à chacun des actes qui la composent, un caractère commercial. L'AUDCG énumère les actes de commerce par nature. Par exemple, les achats et les reventes de biens en l'état ou après transformation, les opérations de transport, de banque et d'assurance, les contrats de courtage ou de commission. Ils sont qualifiés d'actes de commerce par nature ou objectifs parce que ce sont ceux dont l'exercice à titre habituel, professionnel et indépendant, confère la qualité de commerçant⁽¹¹¹⁾.

Il faut relever aussi que dans la mesure où l'entreprise publique gère une activité dans les mêmes conditions qu'un particulier industriel ou commerçant, elle est soumise au droit commun des sociétés commerciales, à savoir les dispositions de l'AUSC et GIE. Cette approche est soutenue sous d'autres cieux et temps par le Doyen RIPERT. Selon lui, en effet, le droit commercial est le droit applicable à une catégorie de personnes (telle l'entreprise publique) en raison de leur profession commerciale⁽¹¹²⁾. M. GERMAIN et L. VOGEL conservent cette approche dans les nouvelles éditions du Traité du Doyen RIPERT. La doctrine administrative française n'est pas du reste. Elle s'en tient au critère matériel : l'application du régime administratif résulte des caractéristiques de l'activité en cause⁽¹¹³⁾, sans référence, donc à l'origine publique de l'entreprise publique qui l'accomplit. Dans la même ligne, l'on retrouve le Professeur HAURIU⁽¹¹⁴⁾ et, dès auparavant, de LAFERRIERE⁽¹¹⁵⁾ selon qui le caractère administratif de l'activité de l'entreprise publique résulte de la nature de l'activité et non pas uniquement de la qualité

⁽¹⁰⁹⁾ Cette analyse est faite par Kouassi KOUADIO, Président de la commission Nationale OHADA de RCI.

⁽¹¹⁰⁾ v. articles 3 et 4 de l'AUDCG.

⁽¹¹¹⁾ Selon l'article 2 de l'AUDCG, sont commerçant ceux qui accomplissent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle.

⁽¹¹²⁾ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire du droit commercial*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 1954.

⁽¹¹³⁾ André de LAUBADERE, *op. cit.* p. 30.

⁽¹¹⁴⁾ HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit administratif*, Larose, 6^e éd. 1907, 915 p., p. 369 et s.

⁽¹¹⁵⁾ G. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*.

de son auteur. Si, comme le soutient la doctrine française, l'application du droit administratif à l'entreprise publique résulte du caractère de son activité, *a contrario*, l'entreprise publique qui accomplit des actes de commerce est commerçante et par conséquent, soumis à l'AUSC et GIE. En ceci, l'on peut dire que l'objet de l'entreprise publique est aussi déterminant pour sa soumission à l'Acte Uniforme que sa forme. Ce qui répond au texte et à l'esprit de l'article 6 de cet Acte Uniforme qui dispose que « le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet ».

En tout état de cause, faire appel à la notion de l'Etat comme puissance publique dans la gestion de l'entreprise publique pour qualifier ses activités serait une source de confusion dans le monde actuel où la concurrence appelle à plus de souplesse et de réalisme dans les affaires. C'est d'ailleurs pour éviter cette confusion que, sans chercher à connaître les parts respectives du droit public et du droit privé, la jurisprudence française a retenu l'idée générale selon laquelle une entreprise publique fonctionnant dans des conditions analogues à celles des sociétés des particuliers doit être en principe soumise au droit privé⁽¹¹⁶⁾. Elle a en effet, refusé dans l'arrêt *SAT* contre *Eurocontrol*, l'application du droit privé aux activités d'Eurocontrol en se fondant sur le fait que « les activités d'Eurocontrol, par leur nature et par leur objet se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique » et qu'« elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence »⁽¹¹⁷⁾.

En définitive, l'on s'aperçoit que l'orientation du législateur africain vers une application stricte de l'Acte uniforme à l'entreprise publique trouve son fondement à la fois dans sa forme juridique et dans la nature de ses activités qui sont commerciales. Ecarter les règles du droit commercial de sa sphère de gestion reviendrait à creuser un écart entre elle et les sociétés privées. Même si elle est issue des capitaux privés et publics, s'exercer à appliquer les règles OHADA aux actionnaires privés et celles de droit administratif à l'Etat actionnaire entrainerait un traitement inégalitaire des actionnaires ; alors même que tous les actionnaires devraient avoir les mêmes droits (droit de vote, droit à l'information et droit au bénéfice) et les mêmes obligations (obligation de contribuer aux pertes) au sein d'une même société commerciale.

A l'évidence, l'entreprise publique est devenue un merveilleux instrument du capitalisme⁽¹¹⁸⁾, au service de l'Etat. Du coup, il est à craindre que l'Etat abandonne, comme le soutient F. FORT, sa mission d'intérêt général au profit de ses intérêts financiers⁽¹¹⁹⁾. Force est, malheureusement, donnée d'observer que c'est seulement au

⁽¹¹⁶⁾ TC, 22 janvier 1921, colonie de la Côte-d'Ivoire, S., 1924.3.34, concl. MATTER, (exploitation d'un bac dans une colonie) suivi de l'arrêt du CE, 23 déc. 1921, Soc. Générale d'armements, p. 1109 (à propos d'un service public d'assurances).

⁽¹¹⁷⁾ CJCE, Arrêt du 19 janv. 1994, *SAT* contre *Eurocontrol*, Aff. 364/92, dans le même sens, CJCE 26 mars 2009, Aff. C-113/07. Egal. Article de Gilles J. GUGLIELMI, les prérogatives de puissance publique ne sont pas des marchandises, in *Drôle d'En-Droit*, 23 sept. 2014.

⁽¹¹⁸⁾ Georges RIPERT, cit par PAILLUSSEAU, l'EURL ou des intérêts pratiques et les conséquences théoriques de la société unipersonnelle, JCP 86 I 3242.

⁽¹¹⁹⁾ François FORT, *La France et ses entrepreneurs*, chapitre 9, LIBER PEDIA, 1992. Tout en soulignant que les entreprises publiques ne sont pas de vraies entreprises, il soutient que c'est à tort que l'opinion croit que les entreprises publiques poursuivent l'intérêt général.

prix du respect de toutes ses obligations que l'Etat actionnaire pourra jouir pleinement de ses droits en tant qu'actionnaire. De même, l'entreprise publique, pour être une société commerciale au sens du droit de l'OHADA, doit lors de sa constitution, au cours de sa vie sociale et lors de sa disparition, respecter les règles du droit privé OHADA. Mais aussi, pour se conformer totalement au fonctionnement des sociétés commerciales, il faudrait qu'elle oppose à l'Etat actionnaire les règles du droit OHADA qui lui sont désormais propres et applicables. Par conséquent, l'Etat actionnaire n'a plus droit de faire valoir dans l'entreprise publique, sa cohorte de prérogatives de puissances publique.

Pag II. Les difficultés relatives à l'administration de l'entreprise publique à actionnaire unique

L'on ne peut parler de l'administration générale de l'entreprise publique sans évoquer au préalable les trois (03) organes prévus par l'AUSC et GIE pour l'organisation de toute société anonyme : l'assemblée générale, le conseil d'administration et la Direction générale⁽¹²⁰⁾. L'entreprise publique peut se démarquer de ce schéma classique et prévoir d'autres organes⁽¹²¹⁾ différents par leur dénomination dans les statuts ; tel le conseil de surveillance jouant le rôle de l'assemblée générale.

Les trois organes cités ci-dessus constituent la structure organisationnelle de l'entreprise publique que l'on désignera dans le cadre de la présente étude sous le vocable de dirigeants sociaux ou de représentants du fait qu'ils ont le pouvoir de décision dans l'entreprise publique⁽¹²²⁾. Ils agissent au nom et pour le compte du seul et même actionnaire, pas en tant que fonctionnaire, mais comme représentants de l'Etat actionnaire. Ceci, en plus du mode de leur nomination, présume de la particularité du mode d'administration (A) et des modalités de prise de décisions dans l'entreprise publique (B).

A. Un mode d'administration particulier

L'on peut se poser la question de savoir si un actionnaire personne morale, est en droit d'avoir plusieurs représentants au sein d'un conseil d'administration et de l'assemblée générale. Ou encore peut-on parler d'une assemblée générale avec un actionnaire unique ? Dans l'administration de l'entreprise publique en effet, l'on observe que plusieurs personnes physiques représentent l'Etat actionnaire en tant qu'administrateurs (1) dont le rôle est souvent mal défini et avec des responsabilités, comme le dirait un auteur, « émoussées »⁽¹²³⁾. L'on verra également qu'il paraît curieux que l'on parle d'assemblée générale dans une entreprise publique unipersonnelle (2).

⁽¹²⁰⁾ Article 516 et suiv. de l'AUSC et GIE pour l'AG et Article 415 et suiv. de l'AUSC et GIE pour le CA.

⁽¹²¹⁾ Ces organes ne doivent pas être en concurrence avec ceux prévus par de l'AUSC et GIE. Cas du TOGO, du Burkina Faso par ex. V. Article 1^{er} al. 3 et l'article 2-1 de l'AUSC et GIE révisé le 30 janvier 2014 et entré en vigueur le 5 mai 2014.

⁽¹²²⁾ « Le fonctionnement de la société », article paru in Studulity.com, Accueil Droit des sociétés, 1^{er} trimestre 2014, Pp 1 et 2.

⁽¹²³⁾ Jean-Yves CHEROT, Droit, Public économique, Economica, 2^e Ed.p. 542.

1) La pluralité des représentants de l'Etat actionnaire au sein du C A

L'AUSC et GIE pose le principe du nombre des administrateurs dans les sociétés anonymes en tenant compte du nombre des actionnaires (a). Cependant, l'on observe que la pratique procède à des aménagements dans la formation d'un conseil d'administration propres à l'entreprise publique unipersonnelle (b).

a) Le principe posé par l'AUSC et GIE

Suivant l'article 416 de l'AUSC et GIE, une SA peut être administré par un conseil d'administration composé de troismembres au moins et de douze membres au plus. Aussi fa ut-il souligner que la règle selon laquelle le conseil d'administration pouvait comprendre des membres non actionnaires dans la limite du tiers des membres du conseil a disparu dans l'AUSC et GIE du 30 janvier 2014. Sous réserve de dispositions contraires des statuts, les membres du conseil d'administration n'ont pas à être propriétaires d'actions de la société. Cette modification est salubre, car elle facilitera l'administration de l'entreprise publique. Elle met également fin à la discussion sur la portée de l'article 494 de l'Acte Uniforme par rapport à l'entreprise publique unipersonnelle. A l'analyse, cette disposition interdirait la constitution d'un conseil d'administration dans les sociétés dans lesquelles le nombre d'actionnaires était inférieur ou égal à deux. Ce n'est plus le cas, l'on ne peut que s'en féliciter⁽¹²⁴⁾.

L'inquiétude soulevée par la doctrine par rapport au nombre d'administrateurs actionnaires dans l'entreprise publique unipersonnelle par exemple, est dissipée par l'article 416 de l'AUSC et GIE révisé ⁽¹²⁵⁾. Aussi, une option est offerte à l'entreprise publique par l'article 494 de l'AUSC et GIE qui permet aux SA comprenant un nombre d'actionnaires inférieur ou égal à trois de désigner un administrateur général en lieu et place d'un conseil d'administration. Dans ce cas, l'administrateur général assume seul sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction générale de l'entreprise publique. Mais, l'administrateur général comme mode d'administration de l'entreprise publique unipersonnelle paraît inapproprié pour la simple raison que l'Etat actionnaire est lui-même une diversité. Il représente des intérêts parfois divergents des entités qui le composent. C'est pourquoi un juste équilibre doit être trouvé pour satisfaire les intérêts des différentes composantes de l'Etat actionnaire par la représentation de ceux-ci dans le conseil d'administration.

b) Les aménagements acceptés

L'entreprise publique unipersonnelle est créée par décision unilatérale de l'Etat. L'Etat devenu actionnaire peut se confier à lui-même les missions d'administrateurs en

⁽¹²⁴⁾ voir article 494 de l'AUSC et GIE du 30 janvier 2014. Selon cet article : « les sociétés anonymes comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois ont la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration et peuvent désigner un administrateur général qui assume, ...les fonctions d'administration et de direction de la société. ... »

⁽¹²⁵⁾ *Droit des sociétés commerciales et du GIE, commentaires, OHADA. Ed. FFA, p. 171.*

nommant des personnes physiques qui le représentent⁽¹²⁶⁾. Dans la pratique, l'entreprise publique déroge à la règle posée par l'article 494 de l'AUSC et GIE, car il est constant d'observer qu'une entreprise publique unipersonnelle est administrée par un conseil d'administration composé de plusieurs administrateurs représentants divers ministères et dont les intérêts sont le plus souvent opposés. Cette représentation pluraliste observée dans l'entreprise publique échappe à la discipline imposée par les 421, 422 et 423 de l'AUSC et GIE dont la lecture laisse entrevoir que tout actionnaire personne morale très puissant qu'il soit, ne peut pas être représenté par plus d'un administrateur. En effet, ces articles relatifs à la nomination des représentants des personnes morales actionnaires, emploient le singulier⁽¹²⁷⁾ pour désigner les représentants. Cependant, l'on remarque que le conseil d'administration de certaines entreprises publiques reste pléthorique et du coup, en plus du fait qu'elles enfreignent aux règles posées par l'AUSC et GIE, le conseil d'administration manque de vision commerciale et d'indépendance de jugement. Ces administrateurs, comme l'ont si bien dit Didier LINOTTE et Raphaël ROMI, « sont presque toujours - et c'est là une altération considérable du droit commun des sociétés anonymes - nommés par décret, ce qui ménage une fiction d'indépendance »⁽¹²⁸⁾. En outre, il arrive que l'on ne lui confie pas l'ensemble des responsabilités qui incombent au conseil d'administration et leurs fonctions sont alors assumées à leur place par la direction générale de l'entreprise publique, voir par l'entité actionnaire elle-même⁽¹²⁹⁾ par des instructions ministérielles. Ceci a fait dire à F. FORT que dès la création de l'entreprise publique, les gouvernants se substituent au marché pour définir la qualité et bien souvent la quantité des biens et des prestations à assurer et en fixer le prix⁽¹³⁰⁾. Il n'est pas rare aussi que le directeur général de l'entreprise publique se voit confié la charge de préciser les objectifs de l'entreprise, alors même que cette prérogative incombe aux administrateurs, et d'en faire directement proposition au conseil de surveillance composé de ministres jouant, dans certains Etats parties, le rôle d'assemblée générale. Sans être juridiquement fondée, cette « escalade » se comprend, mais ne se justifie pas quand on sait que le directeur général, tout comme les administrateurs, est nommé par décret et non par les membres de conseil d'administration comme cela se devait.

Même si l'on observe que les représentants de l'Etat actionnaire peuvent aussi être nombreux, il convient de rappeler que l'AUSC et GIE en son article 416 a mis des garde-fous en fixant le nombre des administrateurs entre trois (03) et douze (12) membres. Comparé au droit des sociétés français, la fourchette fixée par l'AUSC et GIE n'est pas exagérée quand on sait que le droit français a fixé le nombre maximum à dix-huit⁽¹³¹⁾. Si ce nombre peut être porté à vingt-quatre membres, en droit OHADA⁽¹³²⁾, ce serait que de

⁽¹²⁶⁾ v. article 421 de l'AUSC et GIE, une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent.

⁽¹²⁷⁾ article 421 « une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner ... **un représentant permanent** ... ». Article 422 « **Le représentant permanent** exerce ses fonctions ... ». Article 423 « Lorsque la personne morale révoque le mandat de **son représentant permanent** ... ».

⁽¹²⁸⁾ Didier LINOTTE & Raphaël ROMI, *Services Publics et Droit Public Economique*. 5^{ème} Ed. LITEC, P 248.

⁽¹²⁹⁾ Jean-Yves CHEROT, *Droit, Public économique, Economica*, 2^e Ed.p. 538.

⁽¹³⁰⁾ François FORT, « Les joies de l' « entreprise publique », chapitre 9 de « La France et ses entrepreneurs », from LIBER pedia, P 2.

⁽¹³¹⁾ v. C. com., article L. 225-17, al. 1^{er}.

⁽¹³²⁾ v. article 418, AUSC et GIE.

façon exceptionnelle, en cas de fusion. Outre le nombre des administrateurs, le problème de leur nomination se pose. Ils sont nommés le plus souvent, en raison de leur appartenance politique ou ministérielle et non en raison de leurs compétences techniques. Ce qui serait judicieux, est que les administrateurs représentant l'Etat soient choisis en fonction de leur expérience en management, rompant ainsi avec la pratique du choix de ces administrateurs dans les administrations de tutelle parmi les fonctionnaires en activité⁽¹³³⁾. La désignation des administrateurs représentant l'Etat en dehors des services de la tutelle permettrait également de lever les obstacles de droit public au jeu plein et entier de la responsabilité de ces administrateurs. Cette désignation devrait être faite dans les conditions de droit commun des sociétés c'est-à-dire par le conseil de surveillance. Cette procédure peut paraître formelle dans l'entreprise publique lorsque l'Etat est l'unique actionnaire, mais aurait l'intérêt de « montrer que chaque représentant de l'Etat est bien membre du conseil à part entière, même s'il est évidemment nommé avec l'aval de l'Etat »⁽¹³⁴⁾.

2) L'assemblée générale pour une entreprise unipersonnelle

L'Etat actionnaire n'est pas écarté des affaires sociales de l'entreprise publique. Il n'en peut d'ailleurs être ainsi. Il ne se contente pas d'attendre qu'on lui verse des dividendes, il intervient dans la gestion de sa propriété. Il a naturellement, le droit de participer aux assemblées des actionnaires ou de mettre en place une structure jouant le rôle de l'assemblée générale. Mais, étant une personne morale, l'Etat actionnaire n'a d'autres choix que de se faire représenter. D'ailleurs, l'Acte uniforme admet de manière libérale que l'actionnaire puisse se faire représenter par un mandataire de son choix⁽¹³⁵⁾. Ainsi, dans certains Etats parties au Traité OHADA, son intervention est faite par le biais d'un organe collégial que l'on nomme Conseil de Surveillance et qui joue le rôle de l'assemblée générale.

Peut-on parler d'assemblée générale ou de conseil de surveillance dans une entreprise publique unipersonnelle quand on sait qu'il n'y a qu'un seul actionnaire qui n'est autre que l'Etat? Un actionnaire a-t-il le droit de se faire représenter par plusieurs mandataires au sein d'une assemblée générale? L'AUSC et GIE est muet sur la notion d'assemblée générale pour ce qui concerne l'entreprise publique unipersonnelle. Il énonce seulement, à travers son article 558 que dans les sociétés unipersonnelles, c'est l'actionnaire unique qui prend toutes les décisions habituellement prises par l'assemblée générale dans les SA comportant plusieurs actionnaires. De cette énonciation, il ressort que l'entreprise publique unipersonnelle, ne peut pas être dotée d'une assemblée générale, puisqu'il est dit que c'est l'actionnaire unique qui prend toutes les décisions. Cependant, dans la pratique, tel n'est pas le cas. L'entreprise publique dispose d'une assemblée générale qui ne dit pas son nom. Elle est composée d'un certain nombre de ministres dont celui de la tutelle technique est généralement le président⁽¹³⁶⁾. Il s'agit là

⁽¹³³⁾ V. *Infra*, P. 289 et s.

⁽¹³⁴⁾ Voir Jean-Yves CHEROT, *Droit, Public économique, Economica*, 2è Ed p. 541.

⁽¹³⁵⁾ POUGOUE, NGUEBOU-TOUKAM et ANOUKAHA, *Présentation de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique adopté le 17 avril 1997*, p. 90.

⁽¹³⁶⁾ *Cas du TOGO où d'ailleurs, en l'absence de textes nationaux, le ministre chargé de l'économie et des finances se réclame président du conseil de surveillance de toutes les entreprises publiques, n'hésitant pas ainsi à nommer les commissaires aux comptes de ces entreprises.*

d'une entorse au principe posé par l'article 529 de l'AUSC et GIE selon lequel l'assemblée est présidée par le Président du Conseil Administrateur. De même, si l'on part du principe que les représentants de l'Etat actionnaire au sein de l'assemblée générale sont des mandataires, il en résulte que dans le cas de l'entreprise publique il s'agit d'un mandat permanent contre tout principe du droit des sociétés commerciales qui énonce que le mandat est donné pour une assemblée et qu'il ne vaut que pour une assemblée ou deux, l'une ordinaire et l'autre extraordinaire, tenues le même jour ou dans un délai de sept jours⁽¹³⁷⁾. Autant dire que dans l'entreprise publique en générale, l'assemblée générale ou le conseil de surveillance ne fonctionne que sur des exceptions parfois, non prévues par l'AUSC et GIE⁽¹³⁸⁾.

L'on ne doit pas perdre de vue que la nature multicolore⁽¹³⁹⁾ de l'assemblée générale de l'entreprise publique augure des difficultés pour la prise de décisions collectives, puisque bien que défendant, en apparence un intérêt commun, celui de l'Etat, chacun défend de son côté, les intérêts propres de son ministère.

B. Les modalités de prise de décisions particulières

Il est vrai que dans les grandes sociétés où l'actionnariat est éclaté et dilué, les véritables maîtres à bord sont les administrateurs⁽¹⁴⁰⁾. Dans les faits, l'on constate que le conseil d'administration est généralement plus puissant que les actionnaires qui ne se rencontrent qu'une fois par année sur des sujets souvent soumis uniquement par le conseil d'administration⁽¹⁴¹⁾. L'Acte uniforme leur accorde des pouvoirs de décisions qui sont collégiaux⁽¹⁴²⁾. Puisque la pratique a institué un conseil d'administration et une assemblée générale dans l'entreprise publique unipersonnelle, les modalités de prise de décision dans cette entreprise ne peuvent être que les mêmes, à quelques exceptions près, que dans une société privée pluripersonnelle.

La prise de décisions dans l'entreprise publique unipersonnelle ne tient, naturellement pas compte des règles relatives au nombre d'actions détenues par les membres du conseil de surveillance ou assemblée générale. L'Etat étant le seul actionnaire, ses représentants sont égaux en droit. Le principe de l'égalité voudrait que les membres participent à la prise de décisions sur un pied d'égalité, que ce soit à l'assemblée ordinaire et à l'assemblée extraordinaire. Ainsi, pour la tenue des assemblées générales ordinaire et extraordinaire (sur la première convocation), dans l'entreprise publique unipersonnelle, la question de quorum est sans intérêt puisque celui-ci se définit par rapport au nombre d'actions (le quart pour l'AGO et au moins le tiers pour l'AGE). L'Etat étant l'unique détenteur de toutes les actions et que les membres de l'assemblée n'étant que des représentants, il n'est point besoin d'évoquer le quorum. Donc, comme pour la deuxième

⁽¹³⁷⁾ Voir article 538 de l'AUSC et GIE.

⁽¹³⁸⁾ Voir articles 529 et 538 de l'AUSC et GIE.

⁽¹³⁹⁾ Plusieurs ministères sont représentés au sein du conseil de surveillance de l'entreprise publique.

⁽¹⁴⁰⁾ Alioune DIEYE, *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*. Cabinet Aziz DIEYE, 3^e éd. P. 181.

⁽¹⁴¹⁾ En droit anglais des sociétés, l'Assemblée Générale Ordinaire (Annual General meeting) se tient par exemple, au moins tous les 15 mois à une date fixe. V. *Company Act de 1985 modifié par la loi de 1989*.

⁽¹⁴²⁾ V. articles 435 et suiv. pour le CA, 480, pour le PCA, 546 et suiv. pour l'AGO, 551, pour l'AGE et 555 pour l'Assemblée spéciale.

convocation, aucun quorum ne doit être requis. L'on peut en déduire qu'un seul membre peut valablement délibérer sur les questions inscrites à l'ordre du jour ; alors que en considération de l'AUSC et GIE, l'assemblée ordinaire ne statue qu'à la majorité simple des voix exprimées⁽¹⁴³⁾.

Pour ce qui est de l'assemblée spéciale, il est tentant de renvoyer son rôle, pour ce qui concerne l'entreprise publique unipersonnelle, au conseil des ministres. La raison en est qu'elle est chargée d'approuver ou de désapprouver les décisions des assemblées générales modifiant les droits de leurs membres. Ayant déjà pris part à l'assemblée générale ou au conseil de surveillance qui a décidé de la mesure touchant à leurs droits, il serait illusoire que les mêmes membres mettent en cause ce qu'ils ont décidé, surtout si ces mesures leur sont avantageuses. D'ailleurs, la doctrine trouve en cette assemblée une lourdeur et des répétitions. Cependant, il semble que l'assemblée spéciale demeure indispensable pour la sauvegarde des droits de l'Etat actionnaire, tout comme les assemblées d'obligataires, pour les titulaires de ces titres⁽¹⁴⁴⁾. A s'en tenir aux dispositions de l'Acte uniforme, il est évident que les dispositions des articles 516 à 557 du même Acte uniforme auxquelles fait référence l'article 558⁽¹⁴⁵⁾ précité, sont pour la plupart, sans intérêt ou inapplicables à l'entreprise publique unipersonnelle. En principe, quelle que soit la nature de la décision à prendre, c'est l'actionnaire unique qui la prend seul personnellement, avec la totalité des actions composant le capital social. Cependant, dans la pratique, compte tenu du fait que l'entreprise publique unipersonnelle a adopté le mode de fonctionnement et les modalités de prise de décisions des sociétés commerciales pluripersonnelles, l'on doit admettre transposer les dispositions applicables à ces dernières à elle.

⁽¹⁴³⁾ *L'assemblée générale extraordinaire statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées.*

⁽¹⁴⁴⁾ *POUGOUE, NGUEBOU-TOUKAM et ANOUKAHA, présentation de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique adopté le 17 avril 1997, p. 94.*

⁽¹⁴⁵⁾ *Suivant cet article, lorsque la société ne comprend qu'un seul actionnaire, les décisions qui doivent être prises en assemblée (ordinaire et extraordinaire) sont prises par l'actionnaire unique.*

CHAPITRE II. LE TRANSFERT CORRELATIF DES POUVOIRS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AUX DIRIGEANTS SOCIAUX DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE

Désormais l'entreprise publique est loin d'être considérée comme une entreprise commerciale entièrement à part avec une organisation particulière propre à elle. Elle est devenue une société ordinaire soumise au droit commun des sociétés commerciales⁽¹⁴⁶⁾. L'on observe que dans leur majorité, les entreprises publiques sont constituées sous la forme de SA⁽¹⁴⁷⁾. C'est dans ce contexte qu'elles sont appelées par le législateur de l'OHADA à s'adapter aux exigences fonctionnelles et structurelles de ce merveilleux instrument du capitalisme moderne⁽¹⁴⁸⁾ qu'est la SA. Cette adaptation suppose que l'entreprise publique écarte tant soit peu les influences étatiques (poids de la tutelle par exemple) de son environnement organisationnel et fonctionnel.

Pour répondre aux exigences imposées par l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales, l'entreprise publique a désormais l'obligation de s'approprier les dispositions de cet Acte. Cette appropriation passe, pour l'essentiel, par le transfert des pouvoirs, jadis discrétionnaires, de l'Etat actionnaire aux divers dirigeants sociaux de l'entreprise publique désormais détachée de son propriétaire. Du coup, l'entreprise publique est lancée par le législateur africain dans une nouvelle dynamique dans laquelle ses dirigeants sociaux sont devenus presque « les véritables maîtres à bord »⁽¹⁴⁹⁾ avec les pouvoirs plus étendus (section I) et qui de ce fait, doivent faire face aux risques liés à l'exercice de ces pouvoirs (section II).

Section I. L'étendue des pouvoirs des dirigeants de l'entreprise publique

Bien que l'entreprise publique et les sociétés privées aient les mêmes objectifs, celui de réaliser des bénéfices ou des économies, la première a, en plus, l'objectif de satisfaire l'intérêt général. Dès lors, peut-on utiliser dans les deux types d'organisations les mêmes instruments de mesure et les actions de contrôle ou correctives identiques⁽¹⁵⁰⁾? Autrement dit, l'entreprise publique peut-elle fonctionner autrement qu'en adoptant des comportements des sociétés privées ? Il nous semble que l'Acte uniforme en son article 1^{er} répond à cette interrogation en posant le principe d'égalité de traitement entre les deux catégories d'opérateurs économiques. D'ailleurs, il ne pouvait en être autrement quand on sait que l'entreprise publique actuelle a vocation à vivre dans une économie de marché. Cette entreprise ne peut donc s'écarter des normes juridiques de l'Acte Uniforme

⁽¹⁴⁶⁾ A. de LAUBADERE, *Manuel de Droit administratif*, 16^{ème} Ed.P 312. LGDJ

⁽¹⁴⁷⁾ *cas du TOGO. Egalement du Bénin, du Sénégal : Formes juridiques des entreprises-Bénin, Sénégal-OHADA, In SME Toolkit Afrique de l'ouest 2013 ; et du Cameroun : Formes juridiques des entreprises-OHADA, SME Toolkit Cameroun 2013.*

⁽¹⁴⁸⁾ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd. Paris, 1951, n° 46 ; cité par F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. N. TOUKAM, P.G. PAGOUE et M. SAMB, *supra*, p. 72.

⁽¹⁴⁹⁾ Alioune DIEYE, *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*. Cabinet Aziz DIEYE, 3^è éd. P. 181.

⁽¹⁵⁰⁾ A. F. N'GOMO, *pour une redéfinition des pouvoirs des organes intervenant dans la gestion des SA (réflexion à partir du projet de Code des sociétés de l'UDEAC dans la perspective de l'harmonisation du droit des affaires de la zone franc)*, *Juridis Info*, n° 16 1993, p. 74.

et encore moins, échapper à la plasticité des choix structurels imposés par l'Acte uniforme.

Après donc avoir été longtemps soumis aux textes nationaux mis en place par les législateurs nationaux, l'entreprise publique commerciale est désormais amenée à revoir ses stratégies de gestion en responsabilisant ses dirigeants sociaux par l'élargissement de leurs pouvoirs légaux (Pag I) sans perdre de vue la possible limitation de ces pouvoirs par les dispositions statutaires (Pag II).

Pag. I. L'élargissement des pouvoirs légaux des administrateurs

En droit français, Michel GERMAIN fait remarquer que sous l'empire de la loi du 24 janvier 1867, le législateur, accordant le pouvoir suprême aux actionnaires réunis en assemblée générale, a considéré que les personnes chargées d'administrer la société et de surveiller les comptes étaient des mandataires des actionnaires, nommés et révoqués par l'assemblée, exerçant leurs pouvoirs par délégation⁽¹⁵²⁾. Dans le cadre de l'entreprise publique unipersonnelle, bien que dogmatique, le contour des pouvoirs des administrateurs est difficile à cerner. C'est pourquoi le présent paragraphe se propose de démêler l'écheveau en précisant ces pouvoirs regroupés en deux types : le pouvoir général d'administration (A) et les pouvoirs d'orientation et de surveillance (B).

A. Le pouvoir général d'administration

Dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs, bien que souvent théorique, les administrateurs disposent d'un pouvoir de nomination et de révocation (1) et d'un pouvoir d'autorisation préalable (2).

1) Un pouvoir théorique de nomination et de révocation.

En application de la loi de 1867 à laquelle la plupart des Etats parties au Traité OHADA étaient soumis, des pouvoirs délégués reconnus au conseil d'administration ont été repris par les législations nationales relatives à la gestion des entreprises publiques en améliorant les pouvoirs propres au conseil d'administration. Il faut rappeler que par les pouvoirs délégués, leurs attributions étaient énumérées dans les lois nationales et les statuts par l'Etat actionnaire suivant ses désirs politiques, alors même que le conseil devrait être doté d'attributions particulières qui correspondent à un pouvoir général d'administration qui devrait inclure le pouvoir de nommer le directeur général de l'entreprise publique, le pouvoir de coopter leurs pairs et le pouvoir de révoquer le PCA ou leur pair. Il faut relever également que ce phénomène n'est pas propre aux Etats africains, d'autant plus que la consécration d'un pouvoir général d'administration dévolu aux dirigeants sociaux fut prononcée pour la première fois, en France, par la cour de cassation française, le 4 juin

⁽¹⁵²⁾ M. GERMAIN, *traité de droit commercial*, G. Ripert/ R. Roblot ; T. I- Volume 2 ; les sociétés commerciales, 18^e édition L.G.D.J., v. aussi Ph. BISSARA, *Indépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique*, in *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz 2003, p. 115. J. STOUFFLET, *les pouvoirs du CA de la SA française*, in *Liber amicorum, commission droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.407

1946, dans l'*arrêt Motte*⁽¹⁵³⁾. Il ressort de cet arrêt que dans les entreprises publiques, par ce pouvoir général, le conseil décide mais n'agit pas, le pouvoir de représenter l'entreprise à l'égard des tiers appartenant au président, seul vrai garant des intérêts de l'Etat⁽¹⁵⁴⁾. Aussi chevauchaient-ils en partie, les pouvoirs qui sont dévolus au conseil d'administration en tant qu'organe collégial, puisque le président lui-même est membre du conseil d'administration et en même temps, investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de l'entreprise publique.

Pour permettre un meilleur équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise, l'Acte uniforme applicable de façon indifférente aux sociétés privées et à l'entreprise publique, reconnaît au conseil d'administration, un pouvoir général d'administration⁽¹⁵⁵⁾. Cette œuvre novatrice vient modifier profondément l'autre façon de gérer en attribuant au conseil d'administration, organe collégial, des pouvoirs d'administration et de gestion⁽¹⁵⁶⁾ des biens et des affaires de la S A. Ce faisant, l'Acte Uniforme lui reconnaît un pouvoir général d'administration, puisqu'il est désormais investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Ces attributs réservés spécialement par l'Acte Uniforme au conseil d'administration et que l'on peut qualifier de révolution juridique⁽¹⁵⁷⁾ dans l'entreprise publique, ne semblent pas être bien canalisés, car l'Etat n'y a cessé de revendiquer dans la pratique, l'utilisation de ses prérogatives administratives.

Pour la mise en place des organes sociaux de l'entreprise publique, théoriquement, c'est le conseil d'administration qui nomme, révoque son président et fixe sa rémunération. C'est également lui qui nomme et révoque le directeur général. Il peut coopter les administrateurs en cas de démission, de révocation, d'empêchement ou de décès. Sur ce point et concernant l'entreprise publique, il est évident que le conseil d'administration n'a pas la possibilité d'exercer ses prérogatives ou tout au moins, ne peut les exercer que sur « instruction » de l'Etat actionnaire. Ceci s'explique aisément par le fait que ces membres sont nommés par l'Etat, souvent par décret, en considération des critères qui ne sont pas toujours économiques, mais le plus souvent politiques.

2) Le pouvoir d'autorisation préalable

L'autorisation concerne les actes pris au profit des administrateurs eux-mêmes (a) et ceux pris dans le cadre du management de l'entreprise publique (b).

⁽¹⁵³⁾ J. NOIREL, in *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. 1, 2^e éd. 1976, n° 69, p. 297 ; également sous cet arrêt, D. BASTIAN, JCP 1947, II, 3518 ; P. BARBRY, S. 1947, I, 153 ; Cass. Com, 30 avr. 1968, D. S., 1969, 89, 1^{re} esp. Note LACOMBE.

⁽¹⁵⁴⁾ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1 – vol. 2, 18^e éd. n° 1670-2, p. 439, 2002.

⁽¹⁵⁵⁾ Selon l'art. 435 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales, le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société.

⁽¹⁵⁶⁾ *Droit des sociétés commerciales et du GIE*, commentaires ; EDICEF/Editions FFA, p. 149.

⁽¹⁵⁷⁾ Révolution juridique parce que dans les lois internes applicables aux entreprises publiques, le CA ne jouait qu'un rôle figuratif ; les vrais pouvoirs étaient entre les mains du conseil de surveillance composé de ministres qui statue par exemple, sur toutes les délibérations relatives aux diverses autorisations. Sur ce point voir les articles 8 et 11 de la loi togolaise, op. cit. p 21

a) L'autorisation préalable pour les actes passés par les administrateurs au profit des administrateurs eux-mêmes

L'article 438 de l'AUSC et GIE a énuméré expressément certains actes, qui, s'ils sont passés entre l'entreprise publique et un administrateur, doivent être soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration⁽¹⁵⁸⁾. D'autres le sont par interprétation de cet Acte uniforme. Il s'agit des conventions réglementées. Elles sont par opposition aux autres conventions, celles portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales, ni libres ni interdites en ce qu'elles sont soumises à une procédure d'autorisation et de contrôle et ce, quel que soit leur objet⁽¹⁵⁹⁾.

Le pouvoir d'autorisation dévolu au conseil d'administration renforce de façon substantielle la notoriété de cet organe ; d'autant plus que ce pouvoir s'étend à toutes les conventions quelle qu'en soit la nature (cautions, avals, garanties et garanties à première demande souscrites par l'entreprise publique) y compris celles relatives aux contrats de travail des administrateurs avec l'entreprise publique. Mais, la cohabitation d'un mandat social et d'un contrat de travail considéré comme une convention réglementée reste à notre avis, une situation complexe. Il est certes, admis tant par la doctrine⁽¹⁶⁰⁾ que par la jurisprudence toujours constant⁽¹⁶¹⁾ qu'un administrateur puisse cumuler contrat de travail et mandat social ; mais un tel contrat est une convention qui doit être contrôlée avec plus d'attention afin de s'assurer que l'administrateur concerné n'a pas profité de sa situation pour s'octroyer dans le contrat de travail des avantages exorbitants préjudiciables à l'entreprise publique. Il faut donc, vérifier dans les faits qu'il y ait un travail effectif, un lien de subordination juridique entre l'entreprise publique et l'administrateur et une rémunération distincte⁽¹⁶²⁾. Tel était également la logique de prévention de la Loi NRE en France⁽¹⁶³⁾ répondant ainsi aux principes de la «corporate governance» défendue par le droit américain.

⁽¹⁵⁸⁾ v. articles 438 et 439 de l'AUSC et GIE.

⁽¹⁵⁹⁾ Guillaume FORT, *Le champ d'application des conventions réglementées*, article publié par *Jurispilote*, Droit des Affaires, mars 2010, Pp 2 et suiv.

⁽¹⁶⁰⁾ Jean ETIENNE, *Cumuler contrat de travail et mandat social, c'est possible*, in *l'express l'entreprise*, Janvier 2009. V. égal. Frédéric CHUM, *Cadres Dirigeants : cumul contrat de travail et mandat social*, *Rev. De droit du travail*, mensuel n° 7/8 juillet/août 2011, Dalloz revues, p. 2.

⁽¹⁶¹⁾ Cass. 25 janvier 1957, n° 851, Bull. civ. IV, n° 83 ; Cass. Soc. 19 octobre 1978, n° 77-13338 ; cass. Soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 385 ; cass. Soc. 10 décembre 2008, n° 07-43.371, *Société Equity Conseil Gavin Aderson/Balva* ; cass. Soc. 17 sept. 2008, n° 07-43.626, *Margueritte/Mauhin*, *Sem. Juridique du 1^{er} janvier 2009*, com. Prof. Cathérine PUIGELIER ; Cass. Soc. 22 sept. 2011, n° 10-15.770 ; Cass. Soc. 26 janvier 2012, n° 10-30.829. *Sens contraire voir*, Cass. Soc. Du 5 janvier 2011, (n° 10-14.896) a considéré « en l'absence de convention, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination est suspendu pendant le temps où il est mandataire.

⁽¹⁶²⁾ Hyacinthe FANSI, *Cumul d'un mandat social avec un contrat de travail : le cas du DG d'une Société Anonyme au regard du droit OHADA*, *actualités juridiques/Droit européen, communautaire et international*, juin 2013

⁽¹⁶³⁾ La Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Economiques (NRE), JORF, n° 113 du 16 mai 2001, pp 7776, texte 2, modifiée le 24 août 2014, *Legifrance.gouv.fr* du 24 septembre 2014.

Quant à ce qui concerne les conventions conclues à des conditions normales par des tiers,⁽¹⁶⁴⁾ la question a été posée de savoir si l'autorisation préalable du conseil d'administration doit être requise pour ce qui concerne les banques et les établissements financiers. En effet, c'est par requête d'avis consultatif en date du 6 décembre 1999, que la République du Sénégal a introduit cette question. Cette requête était motivée par le fait que tenant compte de la spécificité des opérations des établissements financiers, l'ancienne législation nationale sur les sociétés, excluait expressément ces organismes du champ des sociétés devant recourir à une autorisation préalable de leur conseil d'administration pour la garantie des engagements pris par des tiers. La CCJA est venue préciser que « les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public, s'appliquent à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et, quel que soit l'objet; l'article 449, dudit Acte uniforme s'applique aux banques et aux établissements financiers entrant dans cette détermination juridique »⁽¹⁶⁵⁾. Quel que soit l'objet de l'entreprise publique, comme le souligne M. Alioune DIEYE, s'il subsiste le moindre doute sur le caractère « normal » de la convention, mieux vaudra la soumettre à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Ce qui étendrait davantage les pouvoirs de celui-ci⁽¹⁶⁶⁾. L'on comprend en définitive que le législateur africain accorde une importance capitale au pouvoir d'autorisation préalable à telle enseigne que les conventions conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées en cas de conséquences dommageables pour la société.

b) L'autorisation préalable pour les actes pris dans le cadre du management de l'entreprise publique

Une autre facette des pouvoirs du conseil d'administration est celle du choix du siège social de l'entreprise. Seul le conseil d'administration peut autoriser ce choix. Certes, il ne s'agit là que d'une dérogation accordée au conseil d'administration. C'est pourquoi d'ailleurs, sa décision doit être soumise à la ratification de l'assemblée générale ordinaire (et non de l'assemblée générale extraordinaire. La dérogation de compétence intervient donc également en ce qui concerne l'assemblée générale). En effet, une interprétation combinée des articles 27, 451 et 551 de l'AUSC et GIE conduit à affirmer que le conseil d'administration a le pouvoir d'autoriser le transfert du siège social de l'entreprise d'un lieu à un autre dans une même ville et au sein d'un même Etat partie, d'une ville à une autre⁽¹⁶⁷⁾. Aussi, est-il habilité à prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement

⁽¹⁶⁴⁾ v. l'article 449 qui introduit une limitation des pouvoirs du PDG (article 465) et du directeur général (article 487).

⁽¹⁶⁵⁾ Avis, n° 02/2000/EP du 26 avril 2000. Cela a conduit le conseil d'administration de la BCEAO en sa séance du 19 mars 2003 tenue à Ouagadougou, à émettre un avis favorable sur le texte de la recommandation destinée au conseil des ministres de l'OHADA. Le 16 septembre 2005, les membres du conseil des ministres de l'UMOA ont été informés des diligences relatives à l'affirmation du principe de la spécificité des réglementations bancaires, prudentielles et des systèmes de paiement de l'UEMOA par rapport aux actes de l'OHADA. A cet égard, ils ont approuvé la proposition visant à recommander l'adoption, par le conseil des ministres de l'OHADA, d'une déclaration prenant en compte ces spécificités dans les textes révisés de l'OHADA.

⁽¹⁶⁶⁾ Alioune DIEYE, *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*. Cabinet Aziz DIEYE, 3ème éd. P. 151.

⁽¹⁶⁷⁾ L'article 27 accorde une dérogation au conseil pour transférer le siège social de l'entreprise à l'intérieur d'une même ville, mais ne prévoit pas si celui-ci peut décider de la modification des statuts,

de l'entreprise et de tous ses organes. Ainsi, dans le cadre de l'entreprise publique, sans être un pouvoir d'autorisation réel, c'est lui qui convoque le conseil de surveillance après avoir fixé l'ordre du jour à débattre. A la clôture des comptes, c'est encore lui qui établit les comptes annuels (art. 452 de l'AU) et établit un rapport annuel (art. 138 de l'AU) sur la marche des affaires sociales au cours de l'exercice écoulé⁽¹⁶⁸⁾. Dès lors qu'une décision importante concernant la vie sociale doit être prise par l'Etat actionnaire, le conseil doit établir un rapport spécial. Autant dire que l'Etat actionnaire dans le cadre de l'entreprise publique unipersonnelle, n'a pas les « mains libres » pour intervenir dans l'administration de son entreprise. A chaque fois qu'il veut prendre une décision, du moins théoriquement, il doit s'en référer au Conseil d'administration qui, d'une manière ou d'une autre, peut l'autoriser ou du moins, l'avaliser avant son exécution. Bien que cette règle de l'AUSC et GIE ne soit que théorique pour ce qui concerne son application à l'entreprise publique, elle ajoute au pouvoir du conseil d'administration. Il est vrai que dans la pratique, les administrateurs de l'entreprise publique subissent plutôt le poids de l'Etat actionnaire. Ceci semble évident car l'orientation de l'entreprise publique doit prendre en compte la stratégie globale des orientations économiques et politiques de l'Etat.

Au vu de tout ce qui précède, l'on constate que les pouvoirs accordés au conseil d'administration impliquent que les pouvoirs régaliens traditionnels sont révolus ; encore que la pratique de l'Etat actionnaire dans certains Etats OHADA les ait conservées. La remarque est que la persistance d'une sorte d'interventionnisme de l'Etat sans considération des règles posées par l'AUSC et GIE peut vider de sa substance les pouvoirs du conseil d'administration et aller ainsi contre la volonté du législateur africain. Mais, quel que soit le pouvoir d'autorisation préalable reconnu au conseil d'administration en ce qui concerne les conventions réglementées, il ressort de l'Acte uniforme, que celles-ci doivent être approuvées par l'assemblée générale ordinaire annuelle⁽¹⁶⁹⁾, autrement dit par un collège constitué de ministres de l'Etat actionnaire.

B. Les pouvoirs d'orientation et de surveillance des dirigeants sociaux

Dans une perspective d'efficacité de la gestion de l'entreprise publique unipersonnelle, les pouvoirs d'orientation et de surveillance sont élargis à l'égard de l'Etat actionnaire (1) et limités à l'égard des tiers (2).

1) Les pouvoirs élargis à l'égard de l'Etat actionnaire

Sous la loi française du 24 juillet 1966, le conseil d'administration était investi des pouvoirs de « gestion » les plus étendus. Cette conception, selon M. J. PAILLUSSEAU, laisse percevoir la volonté des législateurs de donner au conseil d'administration des entreprises publiques la mission « de concevoir, d'élaborer et de décider »⁽¹⁷⁰⁾ la politique

conséquence du transfert du siège social. De son côté, l'article 451 déroge à la règle en permettant au conseil de décider du transfert du siège social dans la limite d'un même Etat partie. L'article 551 qui définit les attributs de l'assemblée générale extraordinaire, lui reconnaît le droit de modifier les statuts de la société.

⁽¹⁶⁸⁾ *Il n'est pas rare que le conseil d'administration établisse des documents de gestion prévisionnelle et les analyser dans un rapport.*

⁽¹⁶⁹⁾ *Voir l'article 440 de l'AUSC et GIE.*

⁽¹⁷⁰⁾ *J. PAILLUSSEAU, la société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise, préf. Y. LOUSSOUAM, S. 1967, p. 214.*

générale de l'entreprise. En ce sens, l'Etat est, par la force de la loi, éloigné de la gestion de sa propriété. La question se pose alors de savoir si « le pouvoir de gestion » n'excluait pas, par exemple, « le pouvoir de disposition »⁽¹⁷¹⁾. La réponse à cette inquiétude se trouve dans l'article 435 de l'AUSC et GIE, dont le législateur africain a supprimé le mot « gestion » de ses dispositions, se refusant ainsi sans doute, à distinguer, comme le soulignent MM. DALLY, Le BELLEGOU et MILLE, des notions aussi fuyantes que celles de gestion, d'administration ou de direction⁽¹⁷²⁾. Le texte, dans sa rédaction est resté vague en disposant que « *le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* », sans plus de précisions sur la nature des pouvoirs. Il faut rappeler que dans certains Etats parties au Traité OHADA, le Conseil d'administration était investi des pouvoirs « nécessaires » pour agir au nom de l'entreprise publique⁽¹⁷³⁾. Là également, le mot « nécessaire » laisse imprécise l'étendue des pouvoirs du CA laissant ainsi le champ libre à toute interprétation pouvant varier selon les intérêts à défendre par l'Etat actionnaire. IL peut soit les restreindre ou soit les élargir selon ses intérêts ; ce qui n'augure pas d'une transparence dans le fonctionnement de l'entreprise publique. Fort heureusement que l'Acte uniforme n'utilise pas ces mots à interprétation variable au vouloir de l'actionnaire.

Pour exercer les pouvoirs d'orientation, l'article 435- 1, donne au conseil d'administration la latitude de préciser les objectifs de la société et l'orientation qui doit être donnée à son administration. A ce titre, il définit les orientations stratégiques⁽¹⁷⁴⁾ de l'entreprise publique. Il prend les décisions qui s'y rapportent et veille à leur mise en œuvre par la direction générale. Malheureusement, il se fait que dans le cadre de l'entreprise publique unipersonnelle, la définition de la politique générale de l'entreprise reste la chasse gardée de l'Etat actionnaire par le biais de la tutelle technique, c'est-à-dire le ministère dont relève telle ou telle entreprise publique. Ce qui a fait dire F. FORT que tantôt les Ministres prescrivent à leurs administrateurs, qu'ils ont désignés, des règles et des méthodes de bonne gestion. Tantôt, comme tuteurs, les mêmes ministres leurs désignent des objectifs de production et leur imposent des conditions d'action qui y font obstacle⁽¹⁷⁵⁾.

Parfois un problème relationnel peut se poser entre le conseil d'administration et le directeur général qui sont tous nommés, dans la pratique, par la même autorité politique qui demeure la tutelle générale⁽¹⁷⁶⁾. Chacun des organes peut se prévaloir de son mode de nomination pour ne pas respecter les orientations de l'autre, surtout qu'il arrive que tous se prévalent d'un droit à rendre compte directement à une même autorité. Ceci peut être à l'origine de conflit entre les deux organes ; tel était, par exemple, le cas en France, à propos de la réalisation d'un audit demandé par le conseil d'administration auquel le directeur général s'opposait⁽¹⁷⁷⁾. Cette situation est telle qu'elle réduit le conseil d'administration à un rôle de simple observateur, gommant les pouvoirs propres qu'il tient

⁽¹⁷¹⁾ Philippe MERLE, *op. cit.* n° 402, p. 467.

⁽¹⁷²⁾ MM. DALLY, Le BELLEGOU et MILLE, *commentaire sur la proposition de loi du 18 mai 1972*

⁽¹⁷³⁾ Par exemple, l'article 16 de la Loi togolaise 90-26, *op. cit.*

⁽¹⁷⁴⁾ A. THEIMER, *le renforcement des pouvoirs du conseil d'administration*, 2 juillet 1967, Sénat n° 278 (1996-1967).

⁽¹⁷⁵⁾ François FORT, *op.cit.* p. 3.

⁽¹⁷⁶⁾ L'article 7 alinéa 1^{er} de la loi togolaise portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques dispose clairement que les entreprises publiques relèvent de la tutelle de l'Etat.

⁽¹⁷⁷⁾ Trib. Com. Bordeaux, 2 janv. 2003, *rev. Sociétés* 2003, p. 134, note B. SAINTOURENS.

de son office d'administrateur. Heureusement, L'AUSC et GIE à travers son article 435-2, pour éviter cette confusion et des chevauchements dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, décide que le conseil d'administration exerce un contrôle permanent de la gestion assurée par le PCA ou par le directeur général selon le mode de direction retenu. Ainsi, le conseil d'administration peut-il se saisir de toute question intéressant la bonne marche de l'entreprise publique en vue de son règlement ; dans ce cas, il lui appartient à lui seul de rendre compte à la tutelle. Par ce pouvoir d'évocation, souligne, P. MERLE, la loi invite le conseil d'administration à se préoccuper également de la bonne marche quotidienne de l'entreprise⁽¹⁷⁸⁾. Cette précision dans la répartition des pouvoirs entre le Conseil d'administration et le directeur général est à saluer ; l'Acte uniforme évite ainsi, un rôle concurrent au conseil d'administration et à la direction générale. Cette répartition des pouvoirs, à notre avis, est le gage d'un meilleur équilibre des pouvoirs au sein d'une entreprise publique dans laquelle, le plus souvent, la politique et l'économie s'entremêlent sans savoir exactement qui doit prendre le dessus.

2) Les pouvoirs limités à l'égard des tiers

Il faut rappeler que les pouvoirs des organes sociaux sont exercés dans la limite de l'objet social et de ceux expressément attribués par l'AUSC et GIE aux assemblées générales. Mais cette limitation n'a d'effet qu'à l'égard des actionnaires, puisque selon le dernier alinéa de l'article 435, les clauses statutaires ou les décisions de l'assemblée générale limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers. C'est ainsi que dans les rapports avec les tiers, l'entreprise publique est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social. Les pouvoirs du dirigeant social sont ainsi si largement interprétés que le dirigeant social pouvait agir en toute circonstance au nom de l'entreprise publique. Autant dire que pour les législateurs africains⁽¹⁷⁹⁾ et français⁽¹⁸⁰⁾, les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables au tiers, sauf à prouver que le tiers concerné avait connaissance d'une telle limitation contractuelle de ces pouvoirs. Cette disposition rejoint celle de l'article 35 de la loi anglaise de 1985 sur les sociétés⁽¹⁸¹⁾ selon lequel le pouvoir du conseil pour engager la société est, en principe, limité à celui qui lui a été conféré et que la société ne saurait se prévaloir à l'égard d'un tiers de bonne foi de la nullité d'un acte pris en violation du *memorandum* ou des *articles*. Cette position va contre la solution antérieure donnée par la jurisprudence anglaise permettant d'annuler un acte « impossible », c'est-à-dire en dehors de l'objet social⁽¹⁸²⁾. Pourtant, avec la *Companies Act 2006*, l'on pourrait parler d'une grande réforme du droit des sociétés anglais. La *Companies Act 2006* en instaurant, en ce

⁽¹⁷⁸⁾ Philippe MERLE, *Droit des sociétés op. cit.* n° 404, p. 466.

⁽¹⁷⁹⁾ Articles 122 et 465 al. 4 de l'AUSCGIE. v. article L. 225-68 al. 3 du C.com. ; Ph. MERLE, *faut-il vraiment créer un troisième type de direction des sociétés anonymes en France*, Bull. Jolly 2000, p. 473, n° 99.

⁽¹⁸⁰⁾ Art. 225-56 et 225-264 du code de commerce français, voir égal. Dominique VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2006.

⁽¹⁸¹⁾ Article 35 de Loi anglaise sur les sociétés (*Companies Act*) de 1985 et la réforme de 1989 avec adjonction des articles 35A et 35B.

⁽¹⁸²⁾ *Royal British Bank V Turquand*, 1856, cite par K. E. LINGREN, *History of the Rule in Royal British Bank V Turquand*.

qui concerne les dirigeants sociaux, des devoirs spécifiques⁽¹⁸³⁾, établit la règle selon laquelle désormais l'Etat tant qu'actionnaire et tout tiers peuvent intenter une action directe ou indirecte (action *ut singuli*) contre un dirigeant au nom de l'entreprise publique pour une violation de ses devoirs. Selon donc la loi anglaise et l'AUSC et GIE, le tiers de bonne foi, n'a pas à se préoccuper de tout ce qui est relatif à la répartition interne des pouvoirs de l'entreprise publique. Ces précautions protectrices des tiers soulèvent le problème de la preuve de la méconnaissance des clauses statutaires. La jurisprudence française constante en la matière, a reconnu qu'en pratique cette preuve est difficile à apporter d'autant qu'il est exclu que la seule publication des statuts suffise à la constituer⁽¹⁸⁴⁾. En cas de bonne foi du tiers, le contentieux relatif à l'application de ce principe sera en règle générale interne à l'entreprise publique ; le tiers étant par principe protégé. L'entreprise publique pourra, en revanche, reprocher à son dirigeant d'avoir accompli des actes en dépassement de son objet statutaire et lui demander réparation⁽¹⁸⁵⁾. Mais dans le cas contraire, c'est-à-dire en cas de mauvaise foi du tiers, la sanction des dépassements d'objet social par le dirigeant social peut présenter plusieurs faces : Ce peut être l'opposition de l'acte à la l'entreprise publique et à l'Etat actionnaire ou la nullité, lorsque l'acte accompli relevait de la compétence d'un autre organe⁽¹⁸⁶⁾. Certains évoquent même en pareil cas, l'annulation du décret de création de l'entreprise publique⁽¹⁸⁷⁾. Le Professeur P. Le CANNU, logiquement n'approuve pas cette dernière sanction parce que les dirigeants sociaux de l'entreprise publique n'agissent pas ici en tant que signataires du pacte social, mais en tant que représentants de la personne morale issue de ce pacte⁽¹⁸⁸⁾.

En tout état de cause, l'on constate que les pouvoirs des membres du conseil d'administration représentant l'Etat sont effectifs dans l'AUSC et GIE, mais irréaliste dans la l'entreprise publique. Mais pour pertinente qu'elle soit, dans la pratique, l'application effective de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique semble illusoire. Les pouvoirs des dirigeants sociaux, par analogie, ressemblent à ceux détenus par tout fonctionnaire de l'Etat. Ils sont des « hommes de paille » de l'Etat à qui, non seulement ils rendent compte, mais également dont ils reçoivent les ordres avec un lien de subordination comparable à celui qui existe entre un employé et son employeur. Ils jouent parfois un rôle de figurant. Dans la pratique, les dirigeants sociaux de l'entreprise publique sont assimilés à une « chambre d'enregistrement ». L'on ne peut s'en étonner, puisque le président du conseil

⁽¹⁸³⁾ Mark MILLER, *Droit anglais-Réforme du droit anglais des sociétés*, La Revue Droit International et comparé-Droit communautaire, 16 avril 2007.

⁽¹⁸⁴⁾ Paris, 30 nov. 1976, Rev. Sociétés, 1977, 688, D. RANDOUX ; Com. 18 juin 1980, Bull. civ. IV, n° 264, p. 213. v. cependant trib. Com. Paris, 28 juin 1982 (aff. Bouygues / patrimoine participations), rev. Jurisp. Com. 1983, 99, J. MESTRE ; Rev. Société 1983, 596, J. BEGUIN, JCP 1983, II, 20119, A. VIANDIER.

⁽¹⁸⁵⁾ B. DONDERO, *Réflexion sur les mécanismes d'autorisations des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes (suite et fin)*, D. 2004, n° 7, p. 489.

⁽¹⁸⁶⁾ F. Kuassi DECKON, *réflexion sur les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA (suite et fin)* Rev. Afr. droit écon. Dév. 2006, vol. III, n° 2, p. 73.

⁽¹⁸⁷⁾ J. PRIEUR, *Droit des contrats et droit des sociétés*, Etudes sayag, 1997, p. 12679 ; D. 1970, Législation p. 17.

⁽¹⁸⁸⁾ Paul Le CANNU, Dr. Des sociétés 1993, n°78, Cass. Com., 18 oct. 1994, Société Al Malak c/ Société Farb France, Def. 1994, 1547, art. 35954, n°2, obs. H. HOVASSE ; Bull. Joly, 1994, p. 1330 note B. SAINTOURENS ; Rev. Sociétés 1995, 284, note F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO ; RTD com. 1995, 141, obs. critique Cl. CHAMPAUD et J. DANET.

d'administration, par exemple dans les faits, n'est pas responsable devant son conseil d'administration, mais plutôt devant l'Etat actionnaire, puisque c'est lui qui le nomme et le révoque. La seule formalité que l'article 423 de l'AUSC et GIE exige est celle d'un écrit contre accusé de réception de la part de l'Etat actionnaire qui révoque son représentant en tant qu'administrateur et non en tant que PCA. L'on observe en définitive que dans la pratique, les pouvoirs des dirigeants sociaux sont limités du fait de l'Etat actionnaire et qu'à cette limitation de fait, s'ajoute la limitation de droit prévue par l'AUSC et GIE lui-même.

Pag. II. La possible limitation des pouvoirs des dirigeants sociaux par les statuts

La légitimité du conseil d'administration repose sur ses pouvoirs en adéquation avec l'AUSC et GIE. Cependant, il arrive que ces pouvoirs soient limités afin de protéger les tiers étrangers et l'Etat actionnaire et sauvegarder les intérêts de l'entreprise publique elle-même contre d'éventuels abus. Il en découle que tout dirigeant social est obligé d'agir dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par les statuts ainsi que par toute décision émanant du CA et de l'actionnaire unique⁽¹⁸⁹⁾. Ces restrictions, le plus souvent statutaires (A) sont supplées par des pouvoirs reconnus à d'autres organismes interférents (B).

A. Le possible rétrécissement des pouvoirs des dirigeants sociaux par les statuts

L'impact juridique d'une possible limitation des pouvoirs du conseil d'administration dans les statuts appelle à une réflexion sur l'encadrement de cette limitation (1) avant de plancher sur la force obligatoire des clauses statutaires de limitation de pouvoirs (2)

1) La restriction des pouvoirs statutaires encadrée

Aux termes de l'article 121 de l'Acte uniforme, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par la loi, tout pouvoir pour engager l'entreprise publique sans avoir à justifier d'un mandat spécial⁽¹⁹⁰⁾. Il ressort de cet article que les pouvoirs des dirigeants sociaux de la société sont encadrés par la loi. C'est ainsi, par exemple, qu'un administrateur ou un directeur général ne peut, dans ses prérogatives, acheter à l'entreprise certains éléments d'actif pour un prix largement inférieur à leur valeur ; un directeur général négocier avec l'entreprise publique un emprunt avantageux. Par cette mesure, le législateur africain protège l'entreprise publique qui ne doit plus être gérée comme un patrimoine appartenant à la fois à tous et à personne. Cet encadrement général des pouvoirs du CA est cependant assoupli par l'article 450, al. 2 de l'Acte uniforme en faveur des administrateurs personnes morales. Cet article dispose, en effet que l'interdiction relative aux emprunts, avals et cautions ne s'applique pas aux personnes morales membres du conseil d'administration. Maurice COZIAN trouve que cet assouplissement a son fondement dans les groupes des sociétés où une filiale par exemple, peut consentir des avances ou des avals au profit de la société mère, même si

⁽¹⁸⁹⁾ Voir Alexandre TERRASSE, *La responsabilité des dirigeants sociaux : Nouvelle donne*, oct. 2008.

⁽¹⁹⁰⁾ Cette limitation de l'article 121 de l'AUSC et GIE n'est valable qu'à l'égard des tiers.

celle-ci occupe un poste d'administrateur⁽¹⁹¹⁾. Cette précaution, sans nul doute, faciliterait selon M. P. BOUTEILLER⁽¹⁹²⁾, la gestion centralisée de la trésorerie du groupe qui juridiquement n'a pas de personnalité morale⁽¹⁹³⁾. Il faut noter que cette clause d'assouplissement ne s'applique pas aux représentants permanents de l'Etat actionnaire, lorsqu'ils agissent en leur nom et pour leur propre compte. Cet encadrement juridique est certes, de nature à responsabiliser davantage les administrateurs représentant l'Etat actionnaire en rapprochant leur comportement de celui des administrateurs actionnaires eux-mêmes et ceux représentant les actionnaires personnes physiques. Il attise aussi leur sérieux dans l'exercice de la mission de contrôle permanent qui leur est dévolue par l'article 435-2 de l'AUSC et GIE.

D'après ce qui précède, l'on observe que les limitations légales des pouvoirs des dirigeants de l'entreprise publique sont de deux sortes : celles qui tiennent à la spécialisation des fonctions des organes et celles qui tiennent à la nature de certains actes.

Pour les limitations inhérentes à la spécialisation des organes, il ressort qu'en aucune façon, il ne saurait être admis que les pouvoirs attribués expressément par l'AUSC et GIE à tel organe puissent être exercés par un autre organe et réciproquement⁽¹⁹⁴⁾. C'est pourquoi, l'existence jusqu'à présent, dans l'entreprise publique des organes comme le conseil de surveillance semble inadéquate et source de risque de dysfonctionnement dans la gestion de l'entreprise publique. Celui-ci, au lieu de jouer le rôle de l'assemblée générale, peut être tenté de ravir la vedette au conseil d'administration pour, par exemple, préciser les objectifs de l'entreprise et y exercer un contrôle permanent par l'intermédiaire du ministre de tutelle qui fait partie de ce conseil de surveillance.

Quant aux limitations légales inhérentes à la nature de certains actes susceptibles d'être pris par les dirigeants sociaux, l'on peut dire qu'elles consistent en quelques interdictions et autorisations édictées en la matière et en une série d'infractions pénales⁽¹⁹⁵⁾. Il convient de faire observer que ces interdictions ne s'appliquent pas aux personnes morales membres du conseil d'administration ; et donc à l'Etat administrateur, mais à ceux qui le représentent.

⁽¹⁹¹⁾ Maurice COZIAN, *op. cit.* N° 566 p. 260.

⁽¹⁹²⁾ P. BOUTEILLER, *groupe de sociétés : centralisation des opérations de trésorerie* ; JCP E 2001, 1658.

⁽¹⁹³⁾ Cass. Com. 2 fév. 1996, p. 756.

⁽¹⁹⁴⁾ Joseph ISSA-SAYEGH, OHADA et le gouvernement des entreprises, article dans AJBF, p. 5, sept. 2007.

⁽¹⁹⁵⁾ Pour les interdictions, des dispositions spéciales sont prévues par l'AUSC GIE lorsque, par exemple, les personnes garanties sont des dirigeants de la société garante. Voir à ce propos l'article 450 pour les emprunts, découverts, avals et cautions auprès de la société. Les autorisations concernent des cautions, avals ou garanties à première demande souscrits par la société pour des engagements souscrits par les tiers.

2) La force obligatoire des clauses statutaires limitant les pouvoirs des administrateurs

L'organisation légale des pouvoirs de la société anonyme étant impérative⁽¹⁹⁶⁾, il est laissé peu de latitude à l'Etat actionnaire pour aménager dans les statuts, les pouvoirs des dirigeants sociaux de l'entreprise publique. Il n'en demeure pas moins que les règles de gouvernance d'entreprise amènent l'Etat actionnaire à inclure dans les statuts de son entreprise des limitations de pouvoirs des dirigeants sociaux. A cet effet, les statuts déterminent les conditions auxquelles est subordonnée la possibilité pour le dirigeant de passer certains actes énumérés : par exemple, la double signature de dirigeants pour les actes de disposition comme la vente des biens essentiels (immeubles, fonds de commerce...), autorisation préalable des membres du conseil de surveillance ou leurs représentants ... Il peut être de même, pour certaines décisions importantes comme la constitution de garanties, la conclusion de contrats dépassant un seuil de valeur, etc...

En droit des sociétés, les clauses statutaires organisant le fonctionnement de l'entreprise publique s'imposent aux dirigeants qui, étant mandataires sociaux et non tiers par rapport à elle, doivent nécessairement en suivre les règles. En cela, il convient de rappeler que l'AUSC et GIE, sur un point au moins, est en harmonie avec le droit anglais des sociétés ; les deux droits admettent le caractère contractuel de la société commerciale et des actes qu'elle accomplit. Mais, la nature des sociétés (companies) en droit anglais reste beaucoup plus contractuelle⁽¹⁹⁷⁾ que l'entreprise publique unipersonnelle telle que vue en droit OHADA ; celle-ci est strictement régie par le cadre législatif qui définit le fonctionnement social en fonction d'une nature plus ou moins institutionnelle.

La violation d'une clause statutaire ouvre à l'Etat actionnaire la possibilité de sanctionner le dirigeant fautif. Il peut le révoquer et/ou lui demander de réparer le préjudice subi de son fait par l'entreprise. Ces clauses sont en droit OHADA, inopposables aux tiers sauf, si ceux-ci en avaient connaissance⁽¹⁹⁸⁾. Cette position du législateur OHADA ne rejoint pas totalement celle d'une partie de la doctrine française qui a toujours considéré que les tiers ne pouvaient pas se prévaloir à l'encontre de la société, de la clause limitative que le dirigeant aurait méconnue et ce, quand bien même ceux-ci en auraient connaissance, sauf peut-être, cas de collusion frauduleuse⁽¹⁹⁹⁾. Par contre, la jurisprudence française est allée, pendant un temps, à contrepied de la doctrine pour accéder aux demandes des salariés licenciés par certains directeurs d'une société commerciale en se fondant sur le fait que les dispositions statutaires se limitant aux seuls dirigeants statutaires, c'est-à-dire, le PDG et le Directeur Général, les prérogatives émanant des statuts ne peuvent être

⁽¹⁹⁶⁾ Philippe MERLE, *op. cit.* N° 404, p. 470. Cette impérativité est le propre des dispositions de l'AUSC & GIE.

⁽¹⁹⁷⁾ V. Les différents types de sociétés anglaises, *lexinter.net*, P. 6 et s. mai 2013. V égal. A. TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes au Royaume uni*, *Rev. Internationale de Droit comparé*, 1998, p. 912 à 923.

⁽¹⁹⁸⁾ Articles 122 et 436 de l'AUSC et GIE.

⁽¹⁹⁹⁾ M. BAUER et E. COHEN, *Qui gouverne les groupes industriels*. Paris, Ed. Seuil, 1981 ; P. BOURDIEU, *Noblesse d'Etat : Grandes Ecoles et Esprit de Corps*. Paris, Minuit, 1989 ; M. GRANOVETTER, *Economic Action and Social Structure: the problem of Embeddedness*, *American Journal of sociology*, 91, 3, p. 481-510.

déléguées à un autre membre de l'entreprise⁽²⁰⁰⁾. De son côté, en admettant qu'à moins que les statuts ne prévoient une représentation conjointe, l'organe de direction d'une société unipersonnelle peut agir et conclure des accords au nom de la société⁽²⁰¹⁾, l'on s'aperçoit que la Directive du parlement européen fonde davantage la limitation des pouvoirs des dirigeants sociaux sur la notion de représentation conjointe et non de délégation. Du coup, aucune limitation des pouvoirs des dirigeants sociaux par les statuts par une décision de l'Etat actionnaire ne peut être invoquée par les tiers, même si cette limitation a été rendue publique. En d'autres termes, l'Etat actionnaire, même unique n'a pas une influence directe sur son entreprise en dehors de la loi et des statuts. Ceci devrait être le cas en droit OHADA, car désormais l'entreprise publique est séparée de l'Etat son actionnaire⁽²⁰²⁾.

Après la controverse ouverte par les juridictions sociales françaises au sujet du pouvoir des directeurs généraux de SAS, par deux arrêts rendus le 19 novembre 2010, la Cour de Cassation a mis fin à l'interprétation qu'avaient fait les juges de la limitation de pouvoirs des dirigeants en considérant qu'elle est comme erronée, en n'excluant pas la possibilité, pour un dirigeant social, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés, tel celui d'engager ou de licencier les salariés⁽²⁰³⁾. La chambre sociale de la cour de Cassation le 15 février 2012 jugeant dans le même sens que les arrêts du 19 novembre 2010⁽²⁰⁴⁾, s'est attaquée, à son tour, à la force obligatoire des clauses statutaires de limitation des pouvoirs de l'ensemble des dirigeants sociaux. A cette allure le débat sur la limitation des pouvoirs, sera vif au sein des milieux économiques et juridiques dans l'espace OHADA, car l'article 2-1 de l'AUSC et GIE du 30 janvier 2014, en autorisant les associés à conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser la composition des organes et la conduite des affaires de la société, ouvre la voie à des enjeux, puisqu'au sein du conseil d'administration d'une entreprise publique, en plus du fait que plusieurs ministères sont représentés, elle a un poids économique considérable et emploient plusieurs milliers de salariés. Avec la possibilité donnée à l'entreprise publique à travers l'article 2-1 d'aménager des conventions en dehors des statuts, l'on se pose la question de savoir où doit s'arrêter le pouvoir des dirigeants sociaux de l'entreprise publique ? Par cet article, le législateur OHADA introduit dans l'espace OHADA, la logique de gouvernement d'entreprise inspirée de celle mise en place dans les pays anglo-saxons.

B.L'interférence des autres organismes dans la gestion de l'entreprise publique

Bien que limités par l'AUSC et GIE et les statuts de l'entreprise publique, les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'entreprise publique, font l'objet des contrôles par d'autres organismes. Ils sont contrôlés par les organismes légaux institués par l'AUSC et GIE (1) et les organismes facultatifs étatiques (2).

⁽²⁰⁰⁾ CA, Versailles, 5 novembre 2009, CA, Paris, 3 décembre 2009 ; Cass., 2^e civ. 23-10-1985, cité par Stehlin & Associés, *Village de la justice*, P. 1. Cass. Soc. 18-03-2009.

⁽²⁰¹⁾ Directive du parlement européen et du conseil, COM (204) 212 final, 2014/0120 (COD).

⁽²⁰²⁾ *supra* pp 41 et suiv.

⁽²⁰³⁾ Cass. Soc., ch. Mixte, arrêt 268 du 19 novembre 2010, pourvoi n° 10-10-095.

⁽²⁰⁴⁾ Cass. Soc. Du 19 novembre 2010, pourvoi, n° 10-30-215.

1) Les pouvoirs des dirigeants sociaux contrôlés par les organes légaux

Le commissaire aux comptes est une personne physique ou morale⁽²⁰⁵⁾ exerçant à titre libéral une profession réglementée et dont le rôle est de contrôler la régularité des écritures comptables des sociétés et la véracité de leurs constatations au regard des documents qui les justifient⁽²⁰⁶⁾. En dehors du commissaire aux comptes, le commissaire aux apports peut être appelé à évaluer des biens en nature à apporter par l'Etat. L'intervention de ces organes est rendue obligatoire par l'AUSC et GIE.

Le commissaire aux comptes dispose, dans ses missions spécifiques, d'un droit d'alerte pour le cas où il constatait des irrégularités dans la gestion de l'entreprise publique⁽²⁰⁷⁾. Il est aussi appelé à jouer un rôle important dans l'exercice des pouvoirs par les dirigeants sociaux dans l'entreprise publique. C'est ainsi que pour toutes conventions passées directement ou par personne interposée entre l'entreprise publique et un administrateur, le commissaire aux comptes doit être avisé par le PCA dans un délai d'un mois à compter de leur conclusion. Il s'agit à ce niveau d'un contrôle *a posteriori*. De même, il doit être avisé de l'exécution de toute convention autorisée par le conseil d'administration. Dans les deux cas, il intervient pour présenter un rapport spécial à l'assemblée générale annuelle qui est chargée de l'approbation des dites conventions. De même, considérée comme une convention réglementée, la fixation de la rémunération des organes sociaux doit être signalée au commissaire aux comptes.

Dans son rôle de surveillance des dirigeants sociaux, en cas de vente d'un bien personnel de l'Etat à l'entreprise publique, dans les deux ans de son immatriculation au RCCM, le commissaire aux comptes doit établir un rapport⁽²⁰⁸⁾. C'est le lieu de se poser la question de savoir si un tel rapport est nécessaire quand on sait que l'Etat est l'actionnaire unique. En réponse, il semble qu'un tel rapport présente un intérêt pour les tiers au cas où la vente se faisait à un prix différent de celui qui aurait été estimé par le commissaire aux comptes. Il intervient également pour contrôler et établir un rapport en cas d'augmentation du capital décidée par l'AGE. Dans ses prérogatives, le commissaire aux comptes peut convoquer le conseil de surveillance ; mais seulement après qu'il eut préalablement mis en demeure le conseil d'administration de le faire et constaté sa carence. Il apparaît donc que l'article 516 de l'AUSC et GIE⁽²⁰⁹⁾ ne restreint pas la prérogative du commissaire aux comptes aux seuls cas d'urgence.

Dans son exercice de contrôle des dirigeants de l'entreprise publique, ce qui est à déplorer est que l'AUSC et GIE n'accorde pas au commissaire aux comptes le droit de s'opposer aux décisions prises par ces organes sociaux ; il n'établit que de rapports, le cas échéant, avec des recommandations. Il serait plus judicieux qu'il puisse tout au moins, dans l'exercice de son droit d'alerte et d'information au conseil d'administration, à

⁽²⁰⁵⁾ v. art. 694, al. 2 de l'AUSC et GIE.

⁽²⁰⁶⁾ Serge BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé français*, 1996.

⁽²⁰⁷⁾ v. art. 153 et s. de l'AUSC et GIE.

⁽²⁰⁸⁾ v. article 559 de l'AUSC et GIE.

⁽²⁰⁹⁾ L'article 516 de l'Acte uniforme attribue la compétence de convoquer l'assemblée générale à quatre organes ou personnes et seulement à eux seuls : le conseil d'administration, le commissaire aux comptes, un mandataire de justice et un liquidateur.

l'assemblée générale et au ministère public, prendre une position nette sur tel ou tel point en posant son veto de contrôleur de l'entreprise publique, quand bien même cette attitude va contre les intérêts privés de l'Etat actionnaire ou contre les rapports des organes de contrôle propres à l'Etat.

2) Les pouvoirs des dirigeants sociaux contrôlés par les organes facultatifs étatiques

Afin de lier le statut de l'entreprise publique au pouvoir effectif que l'Etat veut exercer sur elle, le pouvoir public dispose des organes qui sont ses prolongements. Les organes les plus utilisés pour son contrôle sont la cour des comptes et l'inspection générale des finances. Au Togo, par exemple, ces organes de contrôle sont institués par la Loi 98-014 du 10 juillet 1998, pour la cour des comptes et le Décret n° 2008/PR du 29 juillet 2008, pour l'inspection générale des finances. Ces organes sont compétents pour assurer la vérification des comptes et la vérification de la gestion des entreprises publiques⁽²¹⁰⁾. Les législateurs nationaux dans l'espace OHADA confèrent généralement à ces organes deux types d'attributions : l'une administrative et l'autre juridictionnelle.

Dans l'exercice de leurs attributions administratives, ils contrôlent le bon emploi des ressources par l'entreprise publique⁽²¹¹⁾, apprécient la qualité de leur gestion au plan de l'efficacité, de l'efficience et de l'économie, par référence aux missions, aux objectifs et aux moyens mis en œuvre par les dirigeants sociaux et recommandent, à l'issue de leurs investigations et enquêtes, toutes mesures d'amélioration qu'ils estiment appropriées⁽²¹²⁾. Il va sans dire que cette mission se rapproche de celle attribuée au commissaire aux comptes, car la finalité du contrôle de ces deux organes est d'établir les rapports et si nécessaire, tirer la sonnette d'alarme sur telle ou telle irrégularité. Au titre des attributions juridictionnelles, ces organismes s'assurent de l'application par les dirigeants sociaux de l'AUSC et GIE, des lois, ordonnances, décrets et autres actes réglementaires ainsi que de l'exécution par ces organes sociaux, des directives du gouvernement. Contrairement au commissaire aux comptes, ils sont habilités à prononcer des sanctions⁽²¹³⁾, tel que la nullité d'un acte passé par un dirigeant social ou l'amende. Dans cette optique, le travail de contrôle exercé par la cour des comptes, tout comme celui du commissaire aux comptes, est sanctionné par l'établissement d'un rapport annuel qu'elle adresse aux autorités étatiques compétentes.

Aussi, faut-il observer que dans l'entreprise publique il est fréquent que les statuts introduisent certains organes comme le comité de direction, le comité de rémunération, le comité d'audit, le comité de commercialisation ou le comité technique ou de

⁽²¹⁰⁾ Art. 11, Loi n° 98-014 portant organisation et fonctionnement de la cour des comptes ; art. 8 et s. du Décret n° 2008-093/PR portant création, organisation, attributions et modalité de fonctionnement de l'inspection générale des finances. A ces organes s'ajoute l'autorité de régulation des marchés publics pour ce qui concerne les marchés passés par l'entreprise publique.

⁽²¹¹⁾ Y. CHAPUT, *Le commissaire aux comptes partenaire de l'entreprise*, Paris, éd. La fondation nationale des sciences politiques, 1999 ; également A. GODFROY, *Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte*, thèse Paris II, 1999 ; F. MAYRAND, *Le contrôle d'activités des commissaires aux comptes*, thèse, Paris II, 1987 ; J. POTDEVIN, *Le commissaire aux comptes*, Paris, éd. Delmas, 1996.

⁽²¹²⁾ Loi citée ci-dessus, art. 13

⁽²¹³⁾ Art. 9, Décret cité, p. 165.

management. Ces organes fonctionnent, non pas en mésintelligence avec les dirigeants sociaux légaux, mais en complémentarité et en harmonie avec eux. Mais cette harmonie n'exclut pas que le commissaire aux comptes accomplisse sa mission. Le souvenir du scandale ENRON aux USA en est révélateur⁽²¹⁴⁾. Dans cette affaire, selon certains observateurs, l'apparente harmonie dans le fonctionnement des comités ont caché en partie les coups bas et les manœuvres frauduleuses au sein de la société. Il faut tout de même noter que ces comités ne sauront se substituer ni au conseil d'administration ni au directeur général, car ils ne sont pas des organes légaux mais uniquement statutaires et facultatifs chargés de contrôler les actions des organes sociaux. Néanmoins, ces comités doivent servir à contrebalancer, au sens constructif du terme, les pouvoirs des dirigeants légaux.

L'on ne perd pas de vue que cette superposition de contrôles comporte en lui-même des contradictions. D'un côté l'Etat intervient en tant qu'actionnaire au titre de ses participations dans l'entreprise publique qui lui permettent de prendre part à l'exercice du pouvoir décisionnel par le biais des organes sociaux. De l'autre côté, il intervient en tant que tuteur en exerçant des contrôles exorbitants du droit commun qui tendent à limiter le pouvoir décisionnel des organes prévus par l'AUSC et GIE. Comme le disait A. CARTIER- BRESSON, l'Etat s'aventure dans une sphère endossant les habits de l'actionnaire, et se trouve de ce fait confronté à des règles qui rejaillissent sur ses fonctions de puissance publique dont il est contraint de mieux définir les contours⁽²¹⁵⁾.

L'on constate que le contrôle de l'entreprise publique par des organes non prévus par l'Acte Uniforme, mais issus de la réglementation nationale, dénote de la volonté de l'Etat d'assurer sa main mise sur l'entreprise publique. Ceci paraît fondé, car comme tout actionnaire, l'Etat a un droit de regard sur son entreprise. Pour atteindre cet objectif, l'Etat actionnaire n'est pas toujours prêt à abandonner ses outils classiques de contrôles qui viennent en complémentarité de ceux issus de l'AUSC et GIE. Ceci revient à dire que l'intervention des organes de contrôle étatiques ne constitue pas une entorse aux règles de contrôle de l'entreprise publique instituées par l'AUSC et GIE. Au Togo par exemple, une telle intervention est encouragée puisque le décret portant création, organisation, attributions et modalités de fonctionnement de l'inspection générale des finances, en plus du fait que cet organe ne soit pas contraire à l'AUSC et GIE, reste ouvert à tout autre contrôle en admettant que toutes les opérations de contrôle des organismes d'état peuvent être effectuées en relation avec d'autres organes habilités de contrôle⁽²¹⁶⁾.

Par-delà les formules distinctes utilisées par l'Acte uniforme pour caractériser les pouvoirs du conseil d'administration et ceux du directeur général, la répartition sur le terrain des tâches dévolues aux deux organes procède de la nature des actes, des statuts et même de l'usage ou du règlement intérieur voulu par les dirigeants sociaux. C'est pourquoi, d'un côté le législateur du droit de l'OHADA a laissé libre champ aux dirigeants sociaux en élargissant davantage leurs pouvoirs qui, désormais, à l'égard des

⁽²¹⁴⁾ Peter C. FUSARO et Ross M. MILLER, *Enron, les vraies raisons de la chute*, éd. SB.com, 19 mars 2003. V. Olivier PASTRE et Michel VIGIER, *Le capitalisme déboussolé. Après ENRON et VIVENDI : soixante réformes pour un nouveau gouvernement d'entreprise*, éd. La découverte, coll. Cahiers libres, 1^{er} janvier 2003. P. 2 et s.

⁽²¹⁵⁾ Anémone CARTIER-BRESSON, *L'Etat actionnaire, th. Paris II*, 2005, pp. 4 et suiv.

⁽²¹⁶⁾ Art. 12. du décret.

tiers, ne sont plus limités par l'objet social. D'un autre côté, il a balisé le terrain en soumettant ces organes au respect strict des prescriptions légales et statutaires. Ces dispositions n'épargnent aucun administrateur ; qu'il soit un représentant d'un actionnaire personne morale de droit public ou de droit privé.

Section II. Les risques liés à l'exercice des pouvoirs par les dirigeants sociaux de l'entreprise publique

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE a généralisé les règles de l'exercice du pouvoir légal des dirigeants sociaux dans l'entreprise publique. Selon le Doyen F. K. DECKON, c'est le gage du bon fonctionnement de la société et la condition de réalisation de l'objet social ou du but de la société commerciale, c'est-à-dire la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie⁽²¹⁷⁾. Par conséquent, si l'entreprise publique est mal administrée, il appartient à ses dirigeants de réparer les dommages subis par ladite entreprise elle-même et les créanciers sociaux. En effet, les termes du problème de la responsabilité des dirigeants de l'entreprise publique se seraient posés autrement si ces dirigeants n'étaient pas des représentants de l'Etat personne morale de droit public. La question se pose alors de savoir s'il est défendable d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants représentant l'Etat dans l'entreprise publique et celle de l'entreprise publique elle-même ?

En effet, selon l'AUSC et GIE, leur responsabilité peut être engagée pour des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux S.A., pour des violations des statuts ou pour des fautes de gestion. En outre, l'article 161 de l'Acte uniforme admet la responsabilité de l'entreprise publique en cas de faute de ses dirigeants⁽²¹⁸⁾. Il apparaît donc que l'AUSC et GIE admettent que la responsabilité des dirigeants sociaux de l'entreprise publique soit engagée quand bien même ceux-ci ne sont que des mandataires de l'Etat actionnaire (Pag. I) et que cette responsabilité peut être étendue à l'entreprise publique (Pag. II).

Pag. I. L'engagement de la responsabilité des dirigeants sociaux

Une fois créée, l'entreprise publique doit exercer une activité pour réaliser son objet social. Il est alors essentiel d'assurer son fonctionnement normal ; et les règles pénales vont avoir pour but de protéger tous ceux qu'une gestion frauduleuse, voire simplement imprudente, mettrait en péril. Ces infractions sont prévues aussi bien par l'AUSC et GIE que par l'AUPCAP. Par rapport à la responsabilité, les dirigeants sociaux se trouvent dans une situation où l'on peut dire qu'ils exercent une fonction dangereuse, pour eux-mêmes, mais aussi pour l'entreprise et pour les tiers⁽²¹⁹⁾. Il est évident que dans l'exercice de leurs fonctions, les dirigeants sociaux prennent des décisions qui parfois, peuvent affecter l'ordre social ou les tiers. En pareil cas, ils sont poursuivis civilement ou pénalement selon les cas. Etant des représentants d'une personne morale, de surcroît de droit public, la mise en jeu de leur responsabilité est d'une nature complexe (A) et encore plus quant aux sanctions qu'ils encourent (B).

⁽²¹⁷⁾ F. Kuassi DECKON, *op. cit.* p. 75.

⁽²¹⁸⁾ Art. 161 et 740 de l'Acte uniforme ; art. L. 225-251 C. com.

⁽²¹⁹⁾ M. COZIAN et VIANDIER, *droit des sociétés*, 18^e éd., n° 578, p. 265.

A. La nature complexe de la responsabilité des représentants de l'Etat actionnaire.

Dans l'exercice de leurs pouvoirs, les dirigeants sociaux sont exposés à une responsabilité de droit (1) et à une responsabilité administrative concurrente (2).

1) La responsabilité de droit

Cette responsabilité peut être civile (a) ou pénale (b).

a) La responsabilité civile

Du point de vue civil et pour l'essentiel, l'on peut s'appuyer sur les éléments classiques de la responsabilité prévus par le Code civil français pour engager la responsabilité des dirigeants sociaux de l'entreprise publique: une faute, un préjudice et un lien de causalité.

A cet égard, trois critères peuvent être retenus : D'abord, et cela va de soi, lorsqu'il s'agit d'un acte accompli par un administrateur hors de sa mission, soit complètement dans sa vie privée, soit en marge de l'exercice proprement dit de l'administration. Il s'agit d'une faute séparable de la mission d'administrateur⁽²²⁰⁾. Ensuite à raison du but, lorsque l'acte accompli à l'occasion de la fonction d'administrateur, l'a été dans une intention mauvaise⁽²²¹⁾. Enfin à raison de la gravité, lorsque l'acte accompli dans la fonction, a consisté dans une irrégularité grossière ou une erreur flagrante.

Tout comme en droit administratif⁽²²²⁾, en droit OHADA la faute de service rend possible la faute personnelle allant ainsi dans le sens de l'arrêt *Anguet*⁽²²³⁾. En effet, en son article 740, l'AUSC et GIE indique que les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des clauses des statuts, soit encore des fautes commises dans leur gestion. A ce niveau également le législateur africain n'a pas fait de distinction entre les représentants des personnes publiques et ceux des personnes privées au sein du CA. Ce qui est logique, car le principe d'égalité ne permet pas que, par une disposition générale de la loi, une personne « puisse être exonérée de toute responsabilité personnelle, quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé »⁽²²⁴⁾. Ce dont l'on tient compte c'est

⁽²²⁰⁾ Com. 28 avr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 808, n° 263, P ; Le cannu, JCP 1998, II, 10 177, D. Ohl.

⁽²²¹⁾ C.E., 25 fév. 1922, *Immarigeon*, p. 185.

⁽²²²⁾ L'intérêt de la distinction, qu'il faut marquer tient au fait qu'en droit administratif, l'agent public auteur d'une faute de service est personnellement irresponsable, la faute de service engageant la seule responsabilité de la personne publique. Cette solution a son origine dans un des plus notoires et important arrêts du Tribunal des Conflits ; l'arrêt PELLETIER, du 30 juillet 1873, 1^{er} suppl, p. 177 ; concl. DAVID, D 1874.3.5 Voir Michel DAGOFFE, « l'extension de la faute de gestion. Commentaire de l'article 21 de la loi du 28 novembre 1995 », AJDA, 1996, pp 206-213. LAFERRIER qui définit la faute en des termes suivants : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur...plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux. Il y a faute de service, « imputable à la fonction ». Sinon, il y a faute personnelle, « imputable au fonctionnaire », Traité, 2^e éd., t. 1, p. 648.

⁽²²³⁾ CE, 3 fév. 1911, *Anguet*, R, 146 ; S, 1911, p. 157, note HAURIOU ; GAJA, 141.

⁽²²⁴⁾ V. CC, 17 janv. 1989, loi relative à la liberté de communication, JORT, 754 ; GDCC, 713.

l'existence d'un fait dommageable ; celui-ci peut être volontaire⁽²²⁵⁾ ou résulter d'une simple imprudence ou négligence⁽²²⁶⁾. Dans tous les cas, quelle que soit la faute, la responsabilité du dirigeant est engagée. Cependant, il faut relever que du degré de gravité de la faute, dépendra la sanction à encourir. Ce qui importe est que cette faute soit commise par le dirigeant social dans l'exercice de son mandat.

Pour ce qui est des administrateurs représentants des personnes morales en général et ceux de droit public en particulier, l'on s'interroge sur la nature de leur responsabilité. M. GERMAIN par exemple, n'approuve pas que l'on parle de responsabilité contractuelle qui selon lui, paraît « périmée »⁽²²⁷⁾. En effet, les administrateurs représentants de l'Etat ne sont liés à l'entreprise publique que par un accord tacite⁽²²⁸⁾ et non par un contrat proprement dit. Ceci s'explique par l'étendue de leurs pouvoirs voulue par l'AUSC et GIE et leur liberté dans leurs initiatives. A ce titre, la notion de mandat ne s'applique plus aux administrateurs et dès lors qu'ils peuvent être révoqués à tout moment, il est évident que la conception contractuelle de leur responsabilité disparaît pour faire place à la conception délictuelle dont les règles sont d'ordre public⁽²²⁹⁾. Il faut observer enfin que la responsabilité civile des dirigeants sociaux d'une entreprise publique n'exclut pas l'engagement de leur responsabilité pénale. Les causes de cette dernière sont les mêmes qu'il s'agisse des dirigeants sociaux ayant un lien avec l'Administration publique ou ceux agissant à titre privé.

b) Les représentants de l'Etat responsables pénalement

Le caractère public de l'entreprise publique n'a pas d'incidence majeure sur l'application de l'AUSC et GIE quand il s'agit de sa responsabilité pénale. C'est pourquoi les principes posés par l'AUSC et GIE⁽²³⁰⁾ que l'on évoquera ci-après sont aussi valables à l'entreprise publique qu'aux sociétés privées.

⁽²²⁵⁾ V. com. 21 oct. 1974, Bull. civ. IV, n° 257, p. 208 (utilisation abusive des fonds sociaux pour favoriser d'autres sociétés du groupe) ; Com. 11 oct. 1988, Bull. Joly, 1988, p. 925, n° 300, P. LE CANNU (action en responsabilité exercée par le concessionnaire des actions contre le cédant, ancien dirigeant, auteur de la faute de gestion).

⁽²²⁶⁾ V. Rouen, 20 oct. 1983, D. 1985, 161, J.J. DAIGRE ; Rev. Sociétés, 1984, 764, M.N. LEGRAND (constitution d'une société avec un capital insuffisant). com. 23 mars 1993, RJDA 1993, p. 697, n° 799. Paris, 16 mai 1978, Rev. Sociétés 1979, 72. CHERCHOULY-SICARD, la responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion, Thèse, Paris II, 1982 ; D. SCMIDT, la responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion, JCP éd. E 4/1995, p. 15 ; Ch. FREYRIA, libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise, in Mélanges Louis Boyer, 1996.

⁽²²⁷⁾ M. GERMAIN, op. cit. n° 1760, p. 512.

⁽²²⁸⁾ M. ESMEIN, ss cin., 2^e sect. Civ. 17 fév. 1955, D. 1956, 17. M. RODIERE ss, civ. Sect. com., 15 juin 1959, D. 1960. 97.

⁽²²⁹⁾ Voir à ce sujet Civ., 11 janv. 1922, D. P. 1922. 16, S. 1924. I. 105, note DEMOGUE, Rec. Gaz. Pal. 1922. I. 344 ; Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, 8^e éd. p. 42.

⁽²³⁰⁾ Voir l'article 5 al 2 du Traité de l'OHADA selon lequel les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale ; mais que les Etats parties par leur engagement, peuvent déterminer les sanctions encourues. L'AUSC et GIE a prévu les dispositions pénales (article 886) mais ne s'est borné qu'à décrire les actes pouvant entraîner des sanctions (articles 887, 888, 891-3, 892 et suiv.).

En effet, les infractions de droit pénal commun prévues par le code pénal de certains Etats parties⁽²³¹⁾ au Traité de l'OHADA, telles que l'escroquerie, le faux et l'usage de faux et l'abus de confiance sont, généralement, celles retenues par l'Acte uniforme contre tout contrevenant. Aussi est-il complété par un véritable arsenal d'infractions spéciales qui visent les dirigeants sociaux notamment, la distribution des dividendes fictifs, la présentation ou publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle et l'abus des biens, du crédit et du pouvoir. L'on regroupe ces actes en deux grandes catégories à savoir, ceux qui ne profitent pas directement au dirigeant fautif et ceux qu'il accomplit à son avantage personnel.

Au rang des actes ne profitant pas au dirigeant social, l'on retrouve ceux touchant aux écritures comptables et à l'information. L'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable exige des comptes annuels, qu'ils soient réguliers et sincères et qu'ils donnent une image fidèle des biens, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Il va de soi, car de la qualité de l'information financière dépend l'orientation pour le bon fonctionnement de l'entreprise⁽²³²⁾. La doctrine limite la notion de la présentation à la simple soumission des comptes à la tutelle en vue de leur approbation⁽²³³⁾. M. POUGOUE, Me J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, vont plus loin dans le même sens en soulignant que la présentation correspond à la communication des documents comptables aux actionnaires, à leur mise à disposition au siège social ou encore à leur envoi aux actionnaires, dans les quinze jours avant l'assemblée d'approbation des comptes⁽²³⁴⁾. Contrairement à la présentation, la publication n'est pas limitée dans le temps. Elle est un procédé de communication collective ayant pour but ou pour effet de faire connaître les comptes aux tiers. La communication, d'un bilan à l'acquéreur de la majorité du capital sans diffusion à d'autres personnes n'est donc pas une publication⁽²³⁵⁾, ainsi en a décidé la cour de cassation française ; car certainement, cette publication n'est pas collective.

La lecture combinée des articles 889 et 890 de l'Acte uniforme, montre que pour être sanctionnées, Ces infractions, doivent être doublement intentionnelles. D'abord, la mauvaise foi du dirigeant doit être prouvée. Ensuite, l'on doit démontrer que ces dirigeants ont cherché à dissimuler la véritable situation de l'entreprise⁽²³⁶⁾. Peu importe que leur désir ait été d'embellir ou d'enlaidir le bilan, de flatter ou de mutiler le résultat, de restaurer le prestige de l'entreprise ou de réaliser une économie fiscale⁽²³⁷⁾, l'essentiel, c'est qu'il y ait altération de la vérité.

⁽²³¹⁾ TOGO, Loi n° 80-1 du 13 août 1980 instituant code pénal, abrogeant le code pénal Fr. rendu applicable au Togo par le décret du 22 mai 1924., Niger, Loi n° 2003-025 du 13 juin 2003 modifiant la Loi n° 61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du Code Pénal, J.O. spécial N° 4 du 7 avril 2004.

⁽²³²⁾ M. COZIAN, *op. cit.* n° 603 p.273.

⁽²³³⁾ Briec de MASSIAC, réflexion à propos de l'abus de biens sociaux : RJDA 1996, p. 719 et s. ; C. MASCALA, la responsabilité pénale des dirigeants sociaux, JCP éd. E2001, n° 24, suppl. n° 3, p. 22.

⁽²³⁴⁾ POUGOUE, NGUEBOU-TOUKAM et ANOUKAHA, *com. Ss. L'article 890 de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, J.O. OHADA n° 2, 01/10/97, p. et s.3e éd., juriscope 2008.

⁽²³⁵⁾ Cass. Crim. , 5 oct. 1990 : BRDA 12/1990, p. 9.

⁽²³⁶⁾ Affaire ENRON, *op. cit.* 2 et s.

⁽²³⁷⁾ M. COZIAN, *op. cit.* n° 607, p. 274.

Pour ce qui est des abus profitant au dirigeant social, ils sont incriminés par l'article 891 de l'Acte uniforme. Ils sont tous caractérisés par un usage contraire à l'intérêt social. Tel est le cas par exemple, d'un directeur général qui, par complaisance, ferme les yeux sur les dettes d'un client de la société, ou un administrateur qui approuve une convention passée entre un dirigeant et la société à des conditions manifestement léonines, abusent de leurs pouvoirs. L'abus en droit des sociétés nécessite un double élément matériel : il suppose, un usage personnel qui doit être ensuite contraire à l'intérêt social. L'acte d'usage peut concerner les biens, le crédit ou le pouvoir. Pour le législateur du droit de l'OHADA, ce délit vise à réprimer l'usage des biens de l'entreprise pour le profit personnel, direct ou indirect, de l'un des mandataires de l'Etat, c'est-à-dire comme le précise la jurisprudence française, la confusion opérée entre le patrimoine personnel du dirigeant et celui de la société⁽²³⁸⁾. Sans procéder à un dévoiement du délit, l'incrimination d'un tel acte prévue par l'Acte uniforme doit viser à la fois les dirigeants de droit et les dirigeants de fait.

Parmi toutes ces infractions, ne faudrait-il pas déplorer le fait que le législateur africain n'ait pas prévu les infractions des temps modernes qui sont les délits d'initié, les délits relatifs aux valeurs mobilières et les délits boursiers ? Aussi ne serait-il pas normal d'allonger la liste des infractions en ajoutant la concurrence déloyale, même si cette dernière peut être qualifiée de délit civil. Sans doute, sur ce point, il appartient aux Etats parties de prévoir de telles infractions et autres encore dans leur législation respective pour combler ce vide juridique.

2) La responsabilité administrative concurrente

Dans le cadre de la gestion de l'entreprise publique, un administrateur fonctionnaire de l'Etat, peut-il voir sa responsabilité administrative engagée pour une faute commise dans sa mission d'administrateur ? Selon J.- F. LACHAUME, la difficulté est dans ce cas, de bien isoler la faute de service de l'agent, devenu administrateur, de la faute personnelle de cet agent qui engendre des dommages⁽²³⁹⁾. En effet selon la théorie de la responsabilité en droit administratif, la faute personnelle est la faute détachable de la fonction d'administrateur⁽²⁴⁰⁾. Mais à quelle condition une faute peut-elle être considérée comme détachable dans la gestion d'une entreprise publique ? Une des formules célèbres retenue et toujours admise⁽²⁴¹⁾ par la jurisprudence administrative française, pour définir la faute détachable est celle qui fut donnée par LAFERRIERE dans ses conclusions dans l'affaire *Laumonier-carriol*. Selon lui, en effet, il y a faute de service si « l'acte dommageable est impersonnel, relève d'un administrateur plus ou moins sujet à erreur », faute personnelle, s'il relève de « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »⁽²⁴²⁾. Les jurisprudences administrative et civile françaises sont unanimes

⁽²³⁸⁾ *Crim. 13 déc. 2000, Bull. joly 2001, p. 386, n° 96, J.F. BARBIERI ; Crim. 9 mai 1973, D. 1974, 271, B. BOULOC ; Crim. 22 avr. 1992, RJDA 1992, n° 1025, p. 385 ; Crim. 23 avr. 1996, D. aff. 1996, p. 1009 ; Paris, (corr.) 23 janv. 1984, Gaz. Pal. 1984, II, 457, J.P. MARCHI.*

⁽²³⁹⁾ *J-F LACHAUME, op. cit. p. 767 ; François BUREAU, Histoire du droit, 1995, 1^{er} éd. P. 65.*

⁽²⁴⁰⁾ *P. COT, La responsabilité civile des fonctionnaires publics, thèse Paris, 1922 ; La responsabilité pécuniaire des agents public, Bibl. Droit public, tome 50.*

⁽²⁴¹⁾ *TC Confl. 19 mai 2014, n° 3939, Dalloz-actu-Etudiant.fr, 3 juin 2014.*

⁽²⁴²⁾ *T.C., 5 mai 1877, Laumonier-Carriol, Lebon, MM. DUMON Rapp ;, LAFFERIER, c. du g ; MIMEREL, Av, p. 437.*

dans la définition des critères pour qualifier une faute personnelle détachable ou non du service. Ces critères très subjectifs, ne sont pas tirés de la conformité ou non de l'acte accompli à l'objet social. La distinction faute personnelle détachable ou non n'est qu'une construction purement jurisprudentielle et doctrinale. L'on peut craindre que cette distinction complique davantage la situation des administrateurs de l'entreprise publique, surtout si ceux-ci sont des agents de cet Etat. Dans ce cas, la recherche de la frontière entre faute personnelle et faute de service peut être délicate et sujette à des abus contre les administrateurs.

Il n'est pas délétaire, pour l'engagement de la responsabilité administrative, de prendre en considération la gravité de l'acte accompli par un administrateur fonctionnaire. Lorsque l'acte, accompli toujours dans la mission d'administrateur a consisté dans une irrégularité grossière ou une erreur flagrante pouvant affecter sa fonction d'origine, sa responsabilité administrative peut être engagée. Mais sur ce dernier critère, la jurisprudence administrative est nuancée ; pour elle, le degré de gravité n'est qu'un élément d'appréciation et non un critère absolu : c'est ainsi que la faute pénale peut parfois constituer une faute de service⁽²⁴³⁾. C'est le cas par exemple d'un dirigeant d'une entreprise publique qui, sans se référer au ministre de tutelle, signe un chèque d'un montant supérieur à celui qui lui est autorisé par les statuts, en règlement d'une créance de l'entreprise publique.

Qu'ils soient des représentants de l'Etat ou des particuliers, les dirigeants sociaux voient leur responsabilité engagée pour peu qu'ils aient commis une faute dans l'accomplissement de leurs fonctions. Cette responsabilité plutôt délictuelle peut être engagée par les tiers ayant subi un dommage. En revanche, contrairement à la jurisprudence anglaise (Arrêt *Percival v Wright*, 1902) qui avait décidé que l'administrateur n'a aucun devoir (*duty of care*) envers les actionnaires en raison du caractère indirect du dommage⁽²⁴⁴⁾, l'on constate qu'en droit OHADA la responsabilité de l'administrateur à l'égard de l'Etat actionnaire et de son entreprise, est engagée en cas de faute. Tel est d'ailleurs sans nul doute, la position du droit français⁽²⁴⁵⁾ avec la transposition des directives européennes « Transparence » et « OPA »⁽²⁴⁶⁾. La *Companies Act 2006* anglais a adopté la même position puisque celle-ci codifie les devoirs dits fiduciaires des dirigeants en exigeant de ceux-ci compétence et diligence et en leur faisant obligation d'agir conformément à l'objet social et dans l'intérêt social. En ce sens, l'on peut insinuer que préalablement à toute décision, les dirigeants sociaux fonctionnaires de l'Etat doivent tenir compte des conséquences que celles-ci pourraient avoir sur l'actionnaire, sur l'administration publique et sur l'entreprise publique. En conséquence, ils pourront voir leur responsabilité engagée à l'égard de l'actionnaire ou de l'entreprise ou des tiers s'ils ne se conforment pas à leurs obligations. Dans cette logique l'on voit que la loyauté de l'administrateur représentant l'Etat actionnaire ne saurait donc être menacée que de l'intérieur ; elle peut, de l'extérieur être assaillie par des tentatives

⁽²⁴³⁾ T.C., 14 janvier 1935, Thépaz, S. 1935.3.17, note, ALIBERT.

⁽²⁴⁴⁾ Cependant, sa responsabilité envers l'Etat actionnaire peut être engagée sur un autre terrain : la fausse déclaration négligente (*negligent misstatement*). V. Droit sur internet, Lexinter.net p. 10.

⁽²⁴⁵⁾ V. Philippe DANJOU, Directives européennes prospectus et transparence, conséquences pratiques des nouveaux textes, IBM-France, 7 décembre 2005.

⁽²⁴⁶⁾ Directive transparence 04/11/2003 et Règlement européen 809/204 du 29 avril 2004 sur le contenu des prospectus.

non moins pressantes de l'administration publique avec des règles du droit administratif⁽²⁴⁷⁾.

Mais reste à savoir si l'Etat actionnaire peut être cité devant les juridictions judiciaires. Là, peut se poser un problème de conflit positif, ou l'Etat peut dénier la compétence de la juridiction judiciaire, soit au profit de la juridiction administrative, soit en estimant qu'aucune juridiction n'est compétente, s'agissant par exemple d'un acte accompli par un dirigeant social et que l'Etat considère comme un acte de gouvernement. Tel a été la position du tribunal des conflits dans l'affaire radiodiffusion française⁽²⁴⁸⁾. Mais, en application de l'AUSC et GIE, la juridiction judiciaire est seule compétente pour juger les cas de responsabilité de l'Etat, puisqu'il n'est pas exclu que le juge judiciaire applique les règles de droit administratif pour rendre ses décisions⁽²⁴⁹⁾.

B. Les sanctions encourues

La possibilité de réprimer l'entreprise publique ou ses dirigeants en droit OHADA, si elle existe du point de vue théorique, elle rencontre des difficultés dans la pratique. Cela s'explique par le fait que l'AUSC et GIE ne définit que les infractions (a) sans déterminer les sanctions pénales encourues (b).

1) Les infractions définies par l'acte uniforme

L'AUSC et GIE énumère les infractions susceptibles d'être incriminées⁽²⁵⁰⁾. Il s'agit du fait, notamment d'émettre des actions avant l'immatriculation de l'entreprise, d'affirmer sincères et véritables des souscriptions que l'administrateur savait pourtant fictives, de négocier des actions non entièrement libérées (cas où l'Etat actionnaire veut céder une partie du capital de l'entreprise), d'empêcher un administrateur de participer à un conseil d'administration... Ces infractions entraînent outre l'action en comblement du passif, l'action en extension de la procédure ouverte à l'encontre de l'entreprise publique.

S'inspirant de la loi française du 25 janvier 1985⁽²⁵¹⁾, l'Acte uniforme portant organisation de procédures collectives d'apurement du passif en son article 183, exige que soient établis, conformément au droit commun de la responsabilité, le dommage résidant dans l'insuffisance d'actif, la faute et le lien de causalité⁽²⁵²⁾. Ainsi lorsque la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires révèle une insuffisance d'actif, et

⁽²⁴⁷⁾ Voir Marc GIGUERE, « Quelques problèmes relatifs à l'intégrité des administrateurs de compagnie » ; les Cahiers de droit, Vol. 1, 1965, pp 30-57.

⁽²⁴⁸⁾ Tribunal des Conflits du 2 février 1950, 01243, pub. Recueil Lebon.

V. infra. P. 259.

⁽²⁴⁹⁾ Voir articles 886 et suiv. de l'AUSC et GIE.

⁽²⁵⁰⁾ Depuis la loi française du 18 septembre 1940, remplacée par celle du 16 nov. 1940 qui fut perfectionnée par la loi du 13 juillet 1967 et réformée par celle du 25 janvier 1985, l'action en comblement du passif a fonctionné sur des présomptions de faute, de lien de causalité entre la faute et le dommage qu'induit l'insuffisance d'actif.

⁽²⁵¹⁾ FILIGA M. SAWADOGO, com. Ss Acte uniforme du 10 avr. 1998 portant organisation des procédures collectives, d'apurement du passif, J.O. OHADA n° 7, 01/07/98.

⁽²⁵²⁾ Com. 7 juill. 1992, Bull. Joly 1992, p. 1192, n°387, M.J. CAMPANA; Com. 17 nov. 1992, Rev. sociétés 1993, p. 445, Y. CHAPUT; Com. 3 jan. 1995, Bull. Joly 1995, p. 226, n° 84, A. COURET. P; 432, n° 152, A. COURET.

donc l'impossibilité de désintéresser les créanciers sociaux, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de l'entreprise publique seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux. Il s'agit d'une règle de responsabilité originale, assortie d'une certaine coloration pénale. Tel est le résultat de l'action en comblement de passif⁽²⁵³⁾. Cette procédure peut aboutir à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire personnelle, au cas où l'administrateur fautif ne s'acquitte pas de sa dette. Il n'est pas exclu non plus que le tribunal peut également prononcer sa faillite personnelle. L'élément légal⁽²⁵⁴⁾ de l'infraction, comme le définit Dominique GUIHAL, est le texte ou l'ensemble des textes qui décrit le comportement prohibé, l'érige en infraction et assortit cette incrimination d'une ou plusieurs peines. Autrement dit, à s'en tenir à cette définition, en l'absence de texte, il ne saurait avoir de sanction. Or, l'article 5 du Traité OHADA exclut implicitement les sanctions pénales des Actes Uniformes.

2) L'indétermination des sanctions pénales par l'AUSC et GIE

La sauvegarde de l'Etat actionnaire, surtout que celui-ci ne participe à la gestion de l'entreprise publique que par personne interposée, mais aussi la protection et la défense de l'ordre public se conjuguent pour doter l'entreprise publique d'un appareil répressif. Ceci justifie, même si cela est déplorable, que le législateur africain ait prévu que les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale ; mais qu'il appartient aux Etats parties de déterminer les sanctions pénales encourues⁽²⁵⁵⁾. Cependant, comme le soutient P. BADJI⁽²⁵⁶⁾, lorsque la propriété du capital et l'exercice du pouvoir sont dissociés, la fonction principale du droit des sociétés est de prévenir et de sanctionner le comportement de ceux qui, agissant pour autrui, font prévaloir leurs intérêts personnels. Seulement l'on se rend compte que le droit pénal OHADA se borne à incriminer des comportements et renvoie à des textes nationaux préexistants ou à créer. Par cette méthode, l'OHADA a transféré aux Etats le soin de trouver des sanctions aux incriminations contenues dans l'AUSC et GIE. C'est ce que Jacques BORE appelle « une mobilisation du droit national au service du droit communautaire »⁽²⁵⁷⁾. Dans ce cadre, certains Etats parties ont pris l'option de définir les sanctions correspondant aux infractions prévues par le droit OHADA. l'on peut citer à titre d'exemple la loi sénégalaise 98-22 du 6 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSC et GIE et la loi camerounaise n° 2003-008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA. Cette situation comporte des difficultés liées à la mise en œuvre des règles de fond (éclatement de l'élément légal et atteinte au principe de l'égalité) et la forme entraînant ainsi l'apparition des disparités de sanctions d'un Etat partie à un autre.

⁽²⁵³⁾ *L'action en comblement de passif ne se cumule pas avec les actions en responsabilité civile de droit commun pour faute du dirigeant* : Cass. Com. 28 fév. 1995 ; Bull. Joly 1995, & 684, note J.J. DAIGRE.

⁽²⁵⁴⁾ Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd. Economica, Paris, 2008, 851 p.

⁽²⁵⁵⁾ V. article 5, alinéa 2 du Traité OHADA du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, J.O. ° 4, 01/11/97, p. 1 et s.

⁽²⁵⁶⁾ Patrice S.A. BADJI, *op. cit.* p. 8.

⁽²⁵⁷⁾ Jacques BORE, *La cassation en matière pénale*, 3^e éd. Ed. Dalloz-Sirey, Coll. Dalloz Action, 2012/2013, p. 1 et s.

Avec cette brèche ouverte par le traité de l'OHADA, l'on assiste dans l'espace OHADA à une répartition de compétence : l'AUSC et GIE qui définit les éléments matériels et moraux de l'infraction⁽²⁵⁸⁾ et les Etats parties qui déterminent les sanctions pénales⁽²⁵⁹⁾. Cette dualité voulue par l'OHADA n'est pas sans conséquences quant à l'application des sanctions aux dirigeants sociaux représentants de l'Etat actionnaire. Pour les mêmes infractions, les Etats parties appliqueront des sanctions différentes ; ce qui introduira une hétérogénéité dans l'uniformisation et, éventuellement, un bouleversement de la classification des infractions dans l'espace de l'OHADA. C'est ainsi que d'un Etat partie à un autre, des dirigeants sociaux seront traités différemment pour les mêmes infractions. Pour dépasser ce déséquilibre dans le traitement des dirigeants, il appartient à chaque Etat partie de remplir de bonne foi sa part de l'obligation d'assortir de sanctions pénales les Actes uniformes qui prévoient ces incriminations, en vertu du principe *pacta sunt servanda*⁽²⁶⁰⁾. Le Conseil d'Administration étant un organe intermittent qui se réunit dans le meilleur des cas que trois fois par ans, l'on ne devrait pas exiger de lui qu'il se saisisse de toutes les affaires touchant à la direction de l'entreprise. Ceci est plus défendable surtout quand il s'agit des administrateurs « dissociés » comme ceux des entreprises publiques. Si leur responsabilité doit être engagée à chaque occasion fautive, Il y'a là, comme le souligne P. MERLE, une source d'insécurité pour les administrateurs dont on pourra rechercher facilement la responsabilité⁽²⁶¹⁾. Heureusement que le législateur africain consacre également la responsabilité de l'entreprise publique elle-même, propriété d'une personne morale de droit public.

Pag. II. L'extension de la responsabilité des dirigeants sociaux à l'entreprise publique

Les dirigeants sociaux sont les représentants de l'Etat actionnaire. A ce titre, ils marquent la reconnaissance de la « théorie de la responsabilité par ricochet » ou responsabilité d'emprunt. Le terme représentant recouvre ici toutes les personnes qui, au sein de l'entreprise publique, tiennent de l'AUSC et GIE le pouvoir de gérer celle-ci et de l'engager à l'égard des tiers⁽²⁶²⁾. Ainsi, pour imputer une infraction à l'entreprise publique, était-il nécessaire que l'on établisse en quoi consiste une faute pénale pouvant être commise par ses représentants. L'on a essayé de le faire à travers le paragraphe précédent. Dès lors comment donc appréhender la responsabilité de l'entreprise publique, personne morale ?

⁽²⁵⁸⁾ De telles dispositions sont prévues dans les Actes uniformes : AUDCG, art. 10, 43, 68, 108, al. 2 ; AUSC, art. 876 et 886 à 905 ; AUS, article 111 ; AUPC, art. 226 à 246 ; AUVE, art. 64-10, 100-6 et -10, 109-7, 109-12 ; 128.

⁽²⁵⁹⁾ Joseph ISSA-SAYEH et Jacqueline LOHOUES- OBLE, *Harmonisation du droit des affaires, OHADA, coll. Dr. Uni. Afr., n° 263 pp. 116 et s. 2002.* ; Babacar GUEYE et Saidou Nourou TAL, *com. Ss. Art. 5 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, 3^e 2d. 2008 ;* Akuété Pédro SANTOS, *supra*, p. 48.

⁽²⁶⁰⁾ art. 26, *Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969*, in P.M. DUPUY, *ibid.*, pp. 311-340, cité par Babacar GUEYE et Saidou Nourou TAL, *op. cit.* ; P.M. DUPUY, *Grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2006.

⁽²⁶¹⁾ Philippe MERLE, *Droit Commercial, Sociétés Commerciales*, D. 9^{ème} éd. P. 516 et S. 2003.

⁽²⁶²⁾ F. DESPORTES, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français*, CJEG, 1996, p. 63.

L'incrimination d'une personne morale appartenant à l'Etat, telle l'entreprise publique n'est pas une révolution de l'AUSC et GIE. L'ordonnance criminelle en France, de 1670 prévoyait en effet que « le procès sera fait aux communautés des villes ... et compagnies qui auront commis quelque rébellion, violence ou autre crime »⁽²⁶³⁾. Le Code pénal togolais en son article 42 prévoit que toute personne morale peut être déclarée coupable des infractions commises par ses organes à son profit, dans les limites de leurs attributions⁽²⁶⁴⁾. Même si dans la plupart des Etats parties, l'Etat est exclu des poursuites pénales, l'entreprise publique, désormais détachée de l'Etat n'échappe donc pas à la responsabilité. Le droit de l'OHADA confirme sa responsabilité pénale (A), mais que l'on continue de se poser des questions sur l'efficacité des sanctions pénales applicables à l'entreprise publique (B).

A. La responsabilité pénale de l'entreprise publique

L'entreprise publique, évidemment, est une personne morale qui en soi et en application de la théorie de la fiction, n'agit que par l'intermédiaire de ses dirigeants, car elle est dépourvue de conscience et par conséquent, il ne peut y avoir responsabilité pénale que si le représentant incarné par une personne physique a eu conscience de commettre un délit⁽²⁶⁵⁾. La responsabilité de l'entreprise publique ne peut être engagée que pour les fautes commises par le représentant. Il est donc clair que la responsabilité de l'entreprise publique est une responsabilité sans faute directe (1) mais fondée (2).

1) Une responsabilité sans faute

Une infraction matériellement commise par un dirigeant social peut-elle engager la responsabilité de l'entreprise publique? Comment pourrait-on engager la responsabilité d'une personne immatérielle comme une entreprise publique ? La réponse à ces questions oppose deux théories : celle de la fiction et celle de la réalité technique des personnes morales.

L'entreprise publique qui ne sait accomplir les actes matériels qui consomment l'infraction, ni nourrir d'intention délictueuse ne peut emprunter les éléments de sa culpabilité que des personnes physiques habilitées à exprimer sa volonté. Cette position est confirmée par la chambre criminelle française, « la responsabilité d'une personne morale ne peut être engagée que par le truchement d'une personne physique à l'encontre de laquelle les éléments constitutifs de l'infraction doivent être caractérisés⁽²⁶⁶⁾. Il s'agit de la confirmation de la théorie de la fiction soutenue par une partie de la doctrine française selon laquelle, seul l'être humain est l'unique sujet de droit, toute autre entité personnifiée n'est qu'une fiction, un être idéal⁽²⁶⁷⁾. A cette théorie s'ajoute celle de la

⁽²⁶³⁾ cité par Nathalie BARUCHEL, *Les personnes morales en droit privé*, Bibliothèque de Droit Privé, T. 410, n° 206, p. 113.

⁽²⁶⁴⁾ Loi n° 80-1 du 13 août 1980 instituant code pénal, abrogeant le code pénal Fr. rendu applicable au Togo par le décret du 22 mai 1924.

⁽²⁶⁵⁾ *Crim. 7 juil. 1998, Bull. crim. N° 216, cite par B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, in droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, 15 éd. 2004, p. 127.

⁽²⁶⁶⁾ *Cass. Crim. 4 déc. 2001, Bull. Crim. Cité par François TCHOKA FANIKOUA, Thèse, Maastricht, 15 novembre 2012. P. 338.*

⁽²⁶⁷⁾ R. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, Firmin- Didot, T. II, 2^e éd., 1860, p. 223 et s.; V. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. I, 3^e éd., 1878, n° 288 et G. BAUDRY-

réalité technique. Selon elle, ce qui constitue la personnalité, ce n'est ni le corps ni la volonté, mais l'intérêt⁽²⁶⁸⁾. Cet intérêt, selon L. MICHOD, nécessite un moyen autonome d'expression, une organisation propre à le représenter et le défendre dans les actes de sa vie juridique⁽²⁶⁹⁾. L'existence de cet intérêt et d'une organisation capable d'exprimer une volonté collective coïncide avec l'idée de personne morale⁽²⁷⁰⁾. En réalité, l'entreprise publique unipersonnelle répond à une volonté collective⁽²⁷¹⁾; car en plus du fait qu'elle est l'expression de la volonté de tout un peuple, par l'immatriculation, comme le dirait le doyen G. RIPERT, l'homme crée l'entreprise à son image et lui donne la personnalité juridique, une personnalité semblable à celle qui est reconnue aux individus⁽²⁷²⁾. Il n'est donc pas surprenant que l'AUSC et GIE fasse de l'entreprise publique un sujet de droit qui est également un sujet responsable à qui doivent être appliquées les règles de la responsabilité prévues par cet Acte uniforme. La doctrine s'accorde pour considérer qu'il suffit que l'infraction ait été commise par le représentant à l'occasion « d'activités destinées à assurer l'organisation et le fonctionnement »⁽²⁷³⁾ de l'entreprise publique et qu'elle ne manifeste pas la poursuite des fins purement personnelles. L'on peut même parler de la responsabilité pénale par représentation

Pour cette responsabilité, l'on doit d'emblée écarter le régime organisé par le Code civil de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs⁽²⁷⁴⁾ qui, sans doute, est une contrepartie de l'autorité parentale et s'en tenir à la « tension » entre mandant et mandataire. A ce titre, une faute d'un dirigeant peut être étendue à l'entreprise sans considération de son origine publique ou privée⁽²⁷⁵⁾. Par exemple, lorsqu'un représentant social prononce un licenciement pour motif économique, il agit en qualité de mandataire. Les salariés pourraient donc mettre en jeu la responsabilité de l'entreprise publique. Le droit du travail invite à prendre acte de cette chaîne décisionnelle, par exemple en imposant à l'entreprise de consulter les représentants du personnel même lorsque la décision de licencier est prise par un tiers⁽²⁷⁶⁾. C'est ainsi, également que dans l'Affaire

LACANTINERIE, *Les personnes*, T. I, LGDJ, 1906, n° 296 G. JEZE, cité par WALINE, *Droit administratif*, Sirey, 7^e éd., 1957, n° 402. J. CARBONNIER, *Droit civil*, *Les personnes*, PUF, Coll. *Thémis Droit privé*, 21^e éd. 2000, n° 205.

⁽²⁶⁸⁾ Ch. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. 251. ; L. DUGUIT, *Etude de droit public*, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, T. I, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, T. II, Paris, 1901 ; E. PISIER-KOUCHNER, *La notion de personne morale dans l'œuvre de Léon DUGUIT*, QUADERNI-FIORENTINI, 1982-1983, 11/12, T. 2, p. 667.

⁽²⁶⁹⁾ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, T. I et II, LGDJ, 1906-1909, 2^e éd., par L. TROTABAS, 2 vol. LGDJ, 1932, 3^e éd. LGDJ, 1998.

⁽²⁷⁰⁾ Nathalie BARUCHEL, *op. cit.* p. 41.

⁽²⁷¹⁾ sur le plan théorique, nous pouvons dire que l'entreprise publique est une expression de la volonté collective, car l'Etat se définit par rapport au peuple qui est un regroupement de plusieurs individus ayant un destin commun.

⁽²⁷²⁾ G. RIPERT, *op. cit.* p. 73.

⁽²⁷³⁾ A. MARON et J. H. ROBERT, *Cent personnes pénalement condamnées*, *Drt. Pén.* 1998, chron. N° 28, cité par François TCHOKA FANIKOUA, *Thèse*, Maastricht, 15 novembre 2012. P. 339.

⁽²⁷⁴⁾ Article 1384 al. 4 du Code civil français.

⁽²⁷⁵⁾ cf. Aurore CHAIGNEAU et Stéphane VERNAC, *Propriété, responsabilité et personnes morales ; des mêmes auteurs : Le droit de propriété en mutation. Essai à la lumière de l'expérience russe*, Dalloz, 2008, chap. I et II

⁽²⁷⁶⁾ cf. par exemple, l'article 2 & 4 de la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement, en Europe, des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, Cf.

Erika⁽²⁷⁷⁾, la société pétrolière TOTAL a été condamnée pour les fautes de négligence commises par ses dirigeants.

En définitive, tout comme pour la responsabilité des personnes physiques ayant la garde des autres personnes physiques ou des choses, la responsabilité de l'entreprise publique est engagée du fait de la faute de ses dirigeants. Ce qui est à saluer du fait de la puissance de l'entreprise publique et de son actionnaire et à leur capacité corrélatrice de nuisance⁽²⁷⁸⁾.

2) Une responsabilité fondée

L'entreprise publique étant personnifiée, la possibilité pour une victime d'intenter une action en responsabilité pénale contre elle ne fait plus l'ombre d'aucun doute. Mais, il faut faire observer que la jurisprudence française de la chambre criminelle avait posé le principe de l'irresponsabilité pénale de la personne morale⁽²⁷⁹⁾ en général, en se fondant sur le fait que celle-ci serait incapable de commettre une infraction, faute d'avoir une volonté propre et que sa capacité serait limitée par son objet et qu'aucune sanction ne serait adaptée. Ces arguments, selon la doctrine étaient assez faibles⁽²⁸⁰⁾. Celle-ci s'est prononcée en faveur du principe inverse et admet la responsabilité pénale des personnes morales. Cette position est celle du Code pénal togolais⁽²⁸¹⁾. Cette responsabilité pénale doit s'étendre à l'entreprise publique. Ceci semble logique pour deux raisons : Bien que le groupe de travail de la cour de cassation française soit d'avis contraire⁽²⁸²⁾, l'irresponsabilité pénale de l'entreprise publique, par l'ampleur de ses moyens, entraînerait des atteintes graves à la législation des sociétés par des comportements déloyaux et à l'ordre économique. En outre l'équité et le principe d'égalité de tous les sujets de droit, et plus précisément des sociétés commerciales devant l'AUSC et GIE recommandent de ne pas faire supporter par les mandataires légaux seuls, la responsabilité de l'entreprise publique qu'ils dirigent. En tant que sujet de droit et société commerciale, au sens de l'AUSC et GIE, l'imputation à l'entreprise publique sans considération de son origine organique des infractions qu'auront commises ses représentants personnes physiques est donc justifiée. Il s'agit d'une responsabilité indirecte. Et selon N. BARUCHEL⁽²⁸³⁾, cette responsabilité ne repose sur aucun anthropomorphisme : le législateur n'a pas choisi la fiction qui aurait consisté à instituer

Article 7 & 4 de la Directive 01/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 sur le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise.

⁽²⁷⁷⁾ Navire affrété par TOTAL ELF pour le transport de ses produits pétroliers. V. Cass. Crim., 19 mars 2002 : JCP E 2002, 92.

⁽²⁷⁸⁾ Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*. 18^e éd., n° 249 p. 115.

⁽²⁷⁹⁾ *Crim.* 8 mars 1883, DP 1884, I, 428; *Crim.* 27 fév. 1969, Bull. Crim. N° 61, p. 147. Selon ce dernier arrêt une personne morale ne peut être pénalement poursuivie que si la loi le décide expressément et que tel n'est pas le cas en matière d'entraves au fonctionnement d'un comité d'entreprise. n° 601 et s. v. P. BON, *La responsabilité du fait du service public des Télécommunications*, R.F.D.A., 1985, p. 282.

⁽²⁸⁰⁾ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. I, 6^e éd. Cujas 1988.

⁽²⁸¹⁾ *op. cit.* p. 103.

⁽²⁸²⁾ Cf Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation rendu sur l'avant-projet de réforme du Droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007 (www.courdecassation.fr).

⁽²⁸³⁾ Nathalie BARUCHEL, *op. cit.* N° 211 p.116.

une responsabilité de l'entreprise publique complètement indépendante de l'intervention des dirigeants qui la dirigent. A l'opposé, il a opté pour la réalité qui se manifeste par la présence des représentants personnes physiques dans l'entreprise publique. Autrement dit, la sanction de l'entreprise publique a pu être possible par la séparation de l'homme de l'entreprise. Ce faisant, l'OHADA s'inspire du droit français⁽²⁸⁴⁾. Il n'est pas inutile de rappeler que pendant longtemps, l'on a toujours pensé que l'entreprise publique ne pouvait pas mal agir. Et si elle s'attirait des haines dans son activité, celles-ci se heurtaient à son impassibilité. Par conséquent, elle ne saurait être pénalement responsable surtout si le délit qu'elle a commis exigeait une culpabilité. Bref, la jurisprudence tout comme la doctrine française n'admettait pas la responsabilité pénale de la personne morale en générale⁽²⁸⁵⁾. On pourrait dire que l'entreprise publique n'est plus ce qu'on disait autrefois du roi : elle ne peut mal faire. Du coup, l'on se contentait, par des lois, de punir les dirigeants sociaux parce qu'on ne pouvait pas atteindre l'entreprise⁽²⁸⁶⁾. Désormais, c'est chose faite, l'entreprise publique peut mal faire, elle peut donc être pénalement responsable des infractions commises pour son compte, par les organes sociaux. A cela, il faut ajouter que la responsabilité de l'entreprise publique n'exclut pas celles des dirigeants auteurs ou complice des mêmes faits.

B. L'efficacité des sanctions pénales applicables à l'entreprise publique

La mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise publique exige que l'acte incriminé ait été commis pour son compte, par ses dirigeants. Il s'agit d'une réalité prévue par l'AUSC et GIE (1) quand bien même son application est mitigée (2).

1) Une réalité prévue par l'AUSC et GIE

C'est l'article 161 de l'AUSC et GIE qui consacre la responsabilité de l'entreprise publique pour les infractions commises par ses dirigeants à son profit. En effet, l'Acte uniforme reconnaît à l'entreprise publique l'acquisition de la personnalité juridique dès lors que celle-ci est immatriculée. Or toute personne ayant une personnalité juridique est susceptible d'être titulaire des droits et obligations. Par conséquent, dans l'exercice de ses droits ou l'exécution de ses obligations, l'entreprise publique, sujet du droit, peut commettre des fautes. Bien sûr que les fautes imputables à l'entreprise publique ne peuvent être commises que par ses dirigeants. Ceci révèle que la responsabilité pénale de l'entreprise publique est la conséquence des faits de ses dirigeants sociaux et qu'elle est

⁽²⁸⁴⁾ Cf. P. LASCOUMES, « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelles », Paris, Institut de management public, Politique et management public, 1993, vol. 11, n° 4 ; E. SERVERIN, « Lectures socio-juridiques sur l'Etat et le contrat », Approche critique de la contractualisation, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2007, p. 469 et s.

⁽²⁸⁵⁾ MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1889, *Faute administrative et faute pénale*, D.H. 1935, *Chronique*, p.57 ; DONNEDIEU de VEBRES, *Traité de droit criminel*, 2^e éd., 1943, n° 262 et s ; Van HOUTTE, *La responsabilité pénale des sociétés* (Annales de droit commercial, 1933, p. 277) ; MICHOU et TROTABAS, *op. cit.*, t. II, n° 279 ; RICHER, thèse, Lyon, 1944. Mais la prononciation de l'amende contre les personnes morales était à un moment admise. De même que la fermeture d'une société, la confiscation spéciale ; ceci ressemble plus à des mesures de sûreté qu'à des peines.

⁽²⁸⁶⁾) v. les décrets lois des 8 août 1935, 30 octobre 1935, 11 janvier 1936. Loi du 16 novembre 1940. V. SOLUS, *La réforme du droit des sociétés par actions*, 1938.

une responsabilité spéciale qui ne saurait être autonome⁽²⁸⁷⁾. Ainsi, pour engager la responsabilité de l'entreprise publique, doit-on raisonner en termes de chaîne décisionnelle en ayant à l'esprit qu'elle prend sa source dans les actes des dirigeants sociaux. Elle n'est engagée que pour les infractions commises par un de ses dirigeants sociaux⁽²⁸⁸⁾ et pour son compte⁽²⁸⁹⁾. Au vu de tout ce qui précède, l'on observe que les dirigeants sociaux ne servent plus de « fusibles » pour l'entreprise publique, tout comme celle-ci ne peut plus servir de « bouclier » pour les dirigeants sociaux ; Les actes que ceux-ci posent dans leur mission, peuvent leur être imputables ou être imputables à l'entreprise. En matière de responsabilité, en droit des sociétés OHADA, l'opacité a fait place à la transparence; les actes de l'entreprise publique touchent ses dirigeants et *vice versa*. Il n'est donc pas exclu que celui qui s'estime victime des agissements d'une entreprise publique puisse lui demander de réparer le dommage qu'il a subi en se fondant sur la responsabilité contractuelle ou la responsabilité délictuelle.

2) Une application mitigée

La plupart des Etats parties jouit de l'immunité en matière pénale. La question se pose alors de savoir si l'entreprise publique peut par extension, bénéficier de cette immunité. Dès lors, le problème de lien de propriété et de la responsabilité se pose. La lecture de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution nous conduit à nuancer la réponse. En effet, cet article en son premier alinéa pose le principe de l'interdiction des voies d'exécution et des mesures conservatoires contre des personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution et envisage dans son second alinéa la possibilité d'opposer la compensation aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques. Par la combinaison de ces deux alinéas, la Cour commune de justice et d'Arbitrage a affirmé que l'article 30 pose le principe général de l'immunité d'exécution au profit des personnes morales de droit public et des entreprises publiques⁽²⁹⁰⁾. L'on estime cependant que cette position de la cour commune ne peut pas s'appliquer à l'entreprise publique pour ce qui concerne la responsabilité pénale, d'autant plus que l'infraction ne rime pas avec la dette certaine et liquide évoquée par le même article de l'Acte uniforme relatif à la procédure simplifiée de recouvrement de créance. D'ailleurs à ce sujet, il n'est pas superflu de reconnaître que Félix ONANA ETOUNDI dans son opuscule souligne que le droit administratif enseigne depuis toujours à savoir que l'Etat et ses entreprises, malgré leurs missions régaliennes et peut-être même, en raison de celles-ci sont des sujets de droit et, en tant que tel, peuvent être actionnés en justice pour faute⁽²⁹¹⁾.

Une fois une infraction imputée à l'entreprise publique, il s'ensuit qu'une sanction doit être appliquée. Mais, conformément au principe de la personnalité des peines, elle est applicable aux individus. Dès lors, il est évident que les peines applicables aux personnes physiques ne sauraient être identiques à celles applicables aux personnes morales. A

⁽²⁸⁷⁾ Adamour RABANI, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale OHADA*, *Rev. sem. d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de la pratique professionnelle en Droit des affaires et en Droit communautaire*, *Rev. ERSUMA*, n° -2-mars-2013. P. 5 et s.

⁽²⁸⁸⁾ *Cass. Crim.* 2 déc. 1998, *JCP* 1998.II.10223.

⁽²⁸⁹⁾ *Cass.* 18 janvier 2000, *Bull. crim.* N° 28.

⁽²⁹⁰⁾ *V. Aff. AZIBLEVI C/TOGOTELECOM*, *op. cit.*, p. 54

⁽²⁹¹⁾ Félix ONANA ETOUNDI, *l'Etat justiciable en droit OHADA*, préface du Dr Gaston DOUAJINI, 1^{ère} éd., mai 2010, coll. *Droit au service du développement*, p. 3 et s.

l'endroit de la personne morale, c'est l'exigence de la sanction adaptée qui est le *leitmotiv*⁽²⁹²⁾. Pour la sanction applicable contre l'entreprise publique, il semble évident que la peine privative de liberté n'étant pas concevable en matière de peines applicables aux personnes morales, l'amende soit systématiquement la peine principale. Elle est applicable en toute matière. Les crimes et les délits commis par l'entreprise publique peuvent être sanctionnés, lorsque la loi le prévoit, par la dissolution, l'interdiction à titre définitif ou temporaire, le placement sous surveillance judiciaire, l'exclusion des marchés publics ou l'interdiction d'émettre des chèques. Cette liste n'est pas exhaustive ; l'Acte uniforme laissant la liberté à la législation nationale de chaque Etat partie de prévoir comme il l'entend, les sanctions appropriées. Chaque Etat partie peut donc dresser la nomenclature des peines spécifiques applicables indifféremment aux entreprises publiques et aux sociétés commerciales. Le risque est que les peines seront diverses et applicables en fonction des cas en présence et des Etats.

A supposer le problème de l'incrimination réglé, qu'en est-il de celui de l'exécution des décisions de justice par l'entreprise publique ? L'absence de dispositions contraignantes obligeant l'entreprise publique à s'exécuter est très éloquent dans les actes Uniformes. Pour se référer à P. MEYER⁽²⁹³⁾, selon qui l'OHADA poursuit l'objectif essentiel de sécurité judiciaire et juridique, l'on aurait pu penser que l'objectif affiché par l'institution aurait amené les rédacteurs du Traité de Port-Louis, à envisager la reconnaissance et l'exécution, tant au plan national que régional, des jugements rendus par les juridictions nationales, au moins lorsqu'ils ont tranché un litige suscitant l'application des actes uniformes à l'Etat ou à son entreprise. Pourtant, il n'en est rien. Aucune disposition du Traité ou de l'AUSC et GIE n'est consacrée à l'exécution des jugements rendus contre l'Etat. L'exécution de la décision dans l'Affaire AZIABLEVI Yovo c/TOGOTELECOM est révélatrice ; TOGOTELECOM n'a pas réfuté la décision des juridictions togolaises, mais refuse de s'exécuter en justifiant son refus par l'immunité d'exécution dont il jouirait⁽²⁹⁴⁾.

Ce qui est certain, désormais l'entreprise publique est une réalité juridique susceptible d'engager sa responsabilité civile ou pénale pour toutes les infractions commises par ses dirigeants sociaux ou représentants, en son nom et pour son compte. Cette exigence est conforme à la réalité de l'être désincarné, qui ne peut exercer ses droits que par l'intermédiaire de ses représentants, personnes physiques. Rejoignant les partisans du principe de la faute détachable du service, il faudra donc distinguer selon N. BARUCHEL, entre les agissements des représentants, réputés être ceux de l'entreprise publique et les actes de la personne physique, investie de la qualité d'organe social, effectués à des fins personnelles⁽²⁹⁵⁾. Ainsi, la commission d'infractions pour son compte

⁽²⁹²⁾ François TCHOKA FANIKOUA, *La contribution du droit pénal de l'environnement et la repression des atteintes à l'environnement au Benin*, Thèse, Maastricht, 15 novembre 2012, P. 341.

⁽²⁹³⁾ P. MEYER, OHADA, *droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant 2002, mémoire on line, 25 août 2014 ; du même auteur, « Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'acte uniforme », ohada.org, 25 août 2014, également « l'arbitrage dans l'espace OHADA, conf. Internationale sur le droit des affaires de l'OHADA, Hanoï du 28 janvier 2010, over-blog-kiwi.com du 26 mai 2014 et « l'Harmonisation du droit OHADA des contrats », rap. Général du colloque de Ouagadougou, 15-17 nov. 2007

⁽²⁹⁴⁾ Affaire AZIABLEVI c/TOGOTELECOM, *op. cit.* p 54.

⁽²⁹⁵⁾ V. en ce sens Nathalie BARUCHEL *op. Cit.* n° 215, p. 119.

personnel n'engagera donc que la responsabilité personnelle de l'agent⁽²⁹⁶⁾. L'idée de JHERING selon laquelle les sujets de droit, ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, mais leurs membres pris isolément⁽²⁹⁷⁾ est battue en brèche par le droit OHADA ; la personne morale étant elle-même soumise aux sanctions pour les fautes commises par ses dirigeants pour son compte. L'on observe en définitive que le cumul de la responsabilité peut être prononcé, cumul non sur une même personne, mais sur le dirigeant ayant commis la faute et l'entreprise publique dans l'intérêt de laquelle, la faute a été commise. C'est dire donc que deux responsabilités peuvent coexister dans une même affaire ; laissant ainsi le choix de poursuivre l'entreprise ou le représentant social. Dans ce cas, il va falloir que le cumul de responsabilité n'entraîne pas le cumul d'indemnités au profit de la victime. Pour atteindre ce but, si c'est la personne morale qui est condamnée, la jurisprudence a considéré pendant longtemps qu'il faut que la victime subroge celle-ci aux droits qu'elle peut faire valoir contre le représentant social⁽²⁹⁸⁾. Il en résulte que la victime ne peut être indemnisée des deux côtés et que l'entreprise possède une action récursoire contre son dirigeant social ; sans la subrogation, l'entreprise publique ne peut donc pas, exercer une action directe contre le dirigeant. Mais depuis l'arrêt *Laruelle*⁽²⁹⁹⁾, la personne morale de droit public possède en tout état de cause une action directe contre le dirigeant social surtout s'il est fonctionnaire.

Il faut tout de même relever que concernant la juridiction compétente pour les poursuites tant civiles que pénales, intentées contre les dirigeants sociaux, l'AUSC et GIE est resté imprécis, renvoyant aux tribunaux compétents de chaque Etat partie de connaître de ces affaires. Pour notre part, seuls les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître des actions en responsabilité personnelles dirigées contre les dirigeants fonctionnaires ou non et contre l'entreprise publique. Ce qui paraît logique, car le dirigeant social ou la personne morale est ici recherchée comme le serait un simple particulier commerçant. Pour ce qui est des dirigeants sociaux des entreprises publiques, l'Etat ne pourra constituer un écran protecteur contre les poursuites engagées par les victimes de leurs comportements. Le principe de la garantie des agents de l'Etat⁽³⁰⁰⁾, n'est donc pas applicable en droit des sociétés OHADA. Le droit des sociétés OHADA a modifié les règles de l'autonomie du droit de la responsabilité publique revendiquée dans l'arrêt *Blanc*⁽³⁰¹⁾.

Eu égard à ce qui précède, l'on s'aperçoit que l'Acte Uniforme en généralisant les pouvoirs des dirigeants sociaux des sociétés commerciales, n'exclut pas celles dans

⁽²⁹⁶⁾ M. GIACOPELLI-MORI, *La délégation de pouvoir en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, Rev. Sc. Crim. 2000, p. 525 ; Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoir*, éd. Joly 2000 ; B. MERCADAL, *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA, 1994, p. 375.

⁽²⁹⁷⁾ R. von JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. Franç. Par O. de MEULENAERE, Marescq. 1878, T. IV, p. 430. Également, J. VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Pédone, 2^e éd. 1884, p. 24 et s.

⁽²⁹⁸⁾ Rapport MARCHAND, doc. Ass. Nat. n° 896, 2 oct. 1989

⁽²⁹⁹⁾ C.E., 28 mars 1924, *Poursines*, R.D.P., 1924, p. 603.

⁽³⁰⁰⁾ C.E. 28 juillet 1951, S. 1952.3.25, note Mathiot ; R.D.P., 1051, p. 1087, note Waline ; J.C.P., 1952. II. 6734 note Eisenmann, G.A. n° 79. Ancien principe en droit français selon lequel l'engagement de la responsabilité personnelle des fonctionnaires est subordonné à une autorisation donnée par le Conseil d'Etat. Cette exigence était posée par l'article 75 de la Constitution de l'AN VIII.

⁽³⁰¹⁾ TC, 8 février 1873, *Blanco* GAJA n° 1.

lesquelles l'Etat est actionnaire. Désormais, l'entreprise publique ne peut se dégager à l'égard des tiers des obligations résultant des actes passés par ses représentants en opposant, par exemple, l'irrégularité de ceux-ci. Bien que rendant compte à l'Etat actionnaire, le conseil d'administration est devenu, du moins en théorie, le maître incontestable de l'entreprise publique. Cependant, l'extension des pouvoirs de surveillance et de contrôle sur la direction du conseil d'administration, suscite la réflexion pour savoir si le législateur a oublié que le conseil d'administration est un organe intermittent qui ne se réunit, dans le meilleur des cas, que trois fois par an. Il y a là une source d'insécurité pour les administrateurs dont on pourra rechercher plus facilement la responsabilité, et pourquoi pas celle de l'entreprise publique elle-même, entraînant des sanctions pour ses dirigeants. Fort heureusement que le directeur général est permanent dans la l'entreprise publique pour suivre les affaires.

Aussi, un examen approfondi et une analyse de la jurisprudence et de la doctrine en générale ont-ils permis de dégager deux grandes tendances qui traduisent la singularité de l'Etat actionnaire : d'une part, il s'approprie, sous l'influence de l'AUSC et GIE, les mécanismes des sociétés de capitaux ; d'autre part, il joue difficilement le rôle d'actionnaire. En cas de faillite de l'entreprise par exemple, il ne serait pas opportun, à notre analyse, de paralyser l'action de l'Etat actionnaire en élargissant de façon trop sensible les cas et les conditions dans lesquels sa responsabilité peut être engagée. C'est ainsi que l'on ne saurait pas nier que l'esprit nouveau insufflé par l'AUSC et GIE et son application à entreprise publique va si loin qu'elle peut rompre avec la logique de la puissance publique; d'où une certaine réticence de l'Etat actionnaire.

TITRE II :

LES TEXTES NATIONAUX RESIDUELS RESISTANT A L'APPLICATION DE L'AUSC ET GIE A L'ENTREPRISE PUBLIQUE

« Tout donne à penser que dans l'esprit des rédacteurs du Traité (OHADA) une résistance des juridictions nationales de cassation peut et doit être envisagée »

D.ABRACHI

Comme le souligne DURUPTY, l'Etat comme tout actionnaire, a le droit d'obtenir des comptes sur la gestion de ses entreprises⁽³⁰²⁾. La difficulté ne vient pas de ce principe sur lequel tout le monde s'accorde, mais de sa mise en application. Il est constant que les pouvoirs publics, du fait de certains attributs de prérogatives de puissance publique utilisent des méthodes du droit administratif dans le fonctionnement de l'entreprise publique. Cette idée incarnée par la légalité administrative, résiste à l'emprise de certaines règles du droit OHADA puisque l'on observe, dans le même sens que B. MARAIS, qu'il subsiste des éléments de droit public dans cette entreprise y compris dans l'entreprise exerçant dans le secteur concurrentiel⁽³⁰³⁾. Le principe de l'insaisissabilité des biens affectés à l'entreprise publique constitue un exemple palpable de la « difficile conciliation »⁽³⁰⁴⁾ des règles du droit administratif avec celles issues du droit OHADA.

La lecture des Actes Uniformes montre que l'OHADA a été conçue dans la philosophie libérale, selon laquelle l'Etat « idéal » est un Etat qui agit peu dans l'économie et se cantonne dans ses missions de souveraineté. En ce sens, toute son intervention en dehors de cette sphère, ne devait qu'être résiduelle, accidentelle, sauf s'il s'agit d'organiser et d'encadrer la liberté économique afin de garantir, dans l'intérêt général, son efficacité. Ce point de vue se justifie par le fait que l'AUSC et GIE ne consacre que peu de dispositions aux entreprises dans lesquelles l'Etat a des participations⁽³⁰⁵⁾. Tout semble conçu par le législateur de l'AUSC et GIE comme si l'Etat pouvait être un actionnaire ordinaire. Pourtant celui-ci ne peut en être un ; il jouit d'autres prérogatives administratives que les autres actionnaires du droit commun n'ont pas⁽³⁰⁶⁾ ; d'où une confusion dans le comportement de l'Etat actionnaire. Dans la pratique la logique du législateur africain vient heurter les sensibilités étatiques ; d'où un choc plutôt « culturel » entre une conception colbertiste du rôle de l'Etat et la logique libérale du législateur du droit OHADA.

Ainsi le droit OHADA, en l'occurrence l'AUSC et GIE dans l'ordonnement juridique des Etats parties se trouve confrontée, en ce qui concerne son application à l'entreprise publique, au poids de l'appartenance de celle-ci à la personne morale de droit public (chapitre I) et, de ce fait, à l'interférence des règles du droit interne dans sa gestion (chapitre II).

⁽³⁰²⁾ DURUPTY, *Commentaire de la loi de privatisation*, A.J.D.A., 1993, p. 302.

⁽³⁰³⁾ B. du MARAIS, *Droit public de la régularisation économique*, Presse de sciences-Po et Dalloz, coll. *Amphi*, 2004.

⁽³⁰⁴⁾ Y. CLAISSE, *La remise en cause de l'insaisissabilité des biens des EPIC au nom de l'interdiction communautaire des aides d'Etat*, la lettre du droit public de l'entreprise, nov. 2003 ; J.-P. KEPENNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire : réglementation, jurisprudence et pratique de la commission*, Bruxelles, Bruyant, 1999.

⁽³⁰⁵⁾ *Les articles 1^{er} et 916*.

⁽³⁰⁶⁾ *Supra* P. 58.

CHAPITRE I. L'APPARTENANCE DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE A LA PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC

« L'Etat agit-il comme puissance publique vis-à-vis de son entreprise publique ? »⁽³⁰⁷⁾. Cette question posée par Jean VIROLE n'est pas sans intérêt au regard de l'environnement du droit OHADA, car l'Etat actionnaire porte en lui-même les germes d'un blocage à l'application de toutes autres règles étrangères à l'administration publique. Or, l'Acte Uniforme passe sous silence la logique de domination inhérente à l'Etat. L'Etat est donc introduit dans le droit OHADA comme un actionnaire ordinaire avec de nombreuses contraintes juridiques telles, par exemple, les formalités de constitution de l'entreprise qui ne se décrète plus ; le droit OHADA exigeant plus de formalisme, l'obligation de doter l'entreprise d'un commissaire aux comptes, l'exigence d'un résultat positif A tout égard, du fait de son statut d'Etat- pouvoir, l'on s'interroge sur sa capacité à se comporter pleinement comme un actionnaire particulier. Une réponse négative s'impose et implique que certains aménagements juridiques soient introduits dans la gestion de l'entreprise publique, pas pour faire plaisir à l'Etat actionnaire, mais pour permettre à l'entreprise publique de vivre pleinement sa vie économique. Certes, ces aménagements ne peuvent se réaliser sans se démarquer de la logique de l'AUSC et GIE, avec comme corollaire certaines réticences dans l'application de ce nouveau droit. Ces réticences volontaires ou non, revêtent deux formes : l'une politique dont le fondement est que l'Etat est au centre de l'entreprise publique (section I) et l'autre juridique, qui se manifeste par la propension de l'Etat actionnaire à intervenir en appliquant son droit à l'entreprise publique (section II).

Section I. L'Etat au centre de l'entreprise publique

L'on part du postulat selon lequel le fait qu'une entreprise soit créée par une personne morale de droit public, fait présumer son appartenance au secteur public. Cette appartenance au secteur public la soumet à certaines exigences naturelles relevant des prérogatives de l'Etat. Par secteur public, l'on désigne soit les pouvoirs publics seuls, soit les personnes morales de droit public seules, soit les deux à la fois. Au sujet de l'appartenance de l'entreprise publique au secteur public,

MERLE et BOULOUIS observaient déjà que « l'Etat a tendu, toujours davantage, à priver le secteur nationalisé de son indépendance, à réduire son autonomie, à le soumettre sous la tutelle toujours plus directe de l'administration publique⁽³⁰⁸⁾. Cette volonté de domination « inavouée » hante toujours l'Etat, malgré que l'entreprise publique soit, théoriquement, détachée de l'autorité publique. L'on verra pour s'en convaincre que l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique fait face à certaines difficultés, parce que les outils de la tutelle administrative persistent dans sa gestion (Pag. I) avec comme corollaire la confrontation du droit administratif aux dispositions de l'AUSC et GIE (Pag. II).

⁽³⁰⁷⁾ J. VIROLE, *L'entreprise publique et le droit des communautés européennes*, RFAP, 1985, n° 32, p. 150.

⁽³⁰⁸⁾ *Chronique « Nationalisation et démocratie »* D. 1950, XXVI. A. G.

Pag. I. La persistance des outils de la tutelle administrative

Le seul fait pour l'entreprise publique d'être sous la tutelle d'un ministère, par exemple, peut être un frein déterminant à sa soumission stricte aux règles du droit privé OHADA. A ce sujet, A. G. DELION décrit les entreprises publiques comme des organismes « soumis au pouvoir prépondérant d'autorités publiques »⁽³⁰⁹⁾. En effet, d'une part, l'omniprésence de l'Etat dans la gestion de l'entreprise publique par le biais des ministères de tutelle (dans la plupart des Etats parties l'on parle de la tutelle technique et de la tutelle financière) influence les décisions des dirigeants nommés et d'autre part, la tendance à appliquer les règles du droit administratif à l'entreprise publique peut être manifeste et dans une large mesure, constituer une entrave à l'épanouissement de cette entreprise.

Avant de voir les modes d'intervention des tutelles, souvent inadaptés aux dispositions de l'AUSC et GIE, dans l'entreprise publique (B), l'on fera observer que l'argument que pourrait évoquer l'Etat pour l'application de certaines règles de droit administratif à l'entreprise publique est l'intérêt public social (A).

A. L'Invocation de l'intérêt public social par l'Etat dans la gestion de l'entreprise publique

Sans sens précis, l'intérêt public social dans l'entreprise publique désigne à la fois le lieu géométrique des intérêts de l'Etat actionnaire et en même temps un intérêt propre de l'entreprise publique qui devrait, dans l'entendement de l'AUSC et GIE, transcender celui de l'actionnaire. Mais, l'intérêt public social vu du droit administratif sert de référence justificative à l'utilisation des moyens exorbitants du droit commun propres à l'Etat (1) sans que cela n'entame pas l'intérêt privé de l'entreprise publique qui est de droit (2).

1) Une référence justificative de l'action administrative dans l'entreprise publique

De par son origine, l'entreprise publique est englobée dans l'intérêt public dont l'Etat a la charge. De même, pour l'Etat, il est incontestable que la création et le contrôle de l'entreprise publique sont des actes ayant pour objectif la protection de l'intérêt public. Aussi, faut-il dire que l'intérêt public tel que l'apprécient les gouvernants, commande à l'Etat de créer une entreprise pour gérer un objet donné en lui signifiant du même coup, que désormais cet objet sera du ressort de l'entreprise et non du sien. Pour employer une formule plus ramassée, il est d'intérêt public que l'objet social désormais confié à l'entreprise publique ne soit plus un intérêt public, mais l'intérêt privé de celle-ci⁽³¹⁰⁾. Tel est d'ailleurs, la vision du législateur africain à travers l'AUSC et GIE. Mais, l'on observe dans la pratique que l'Etat actionnaire, au-delà du rôle d'actionnaire qu'il joue, recourt aux règles *a priori*, appelées en France « règles bureaucratiques »⁽³¹¹⁾ qui n'ont aucun rapport avec les normes de l'efficacité productive et entrave l'autonomie de

⁽³⁰⁹⁾ DELION, *Les entreprises publiques et le concept d'efficacité*, F.A.P., 1981, n° 20, p 15.

⁽³¹⁰⁾ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *L'autonomie des entreprises publiques. Eléments pour une théorie*, RDP 1975, p. 1575-1623.

⁽³¹¹⁾ Cité par François LEFORT, *from Liberpédia*, op. cit. p 1.

décision des agents de l'entreprise publique ; les dirigeants eux aussi, ou tout au moins, aspirent à l'être. De même, des obligations de résultats consignées dans les « contrats de plan », des « lois de programme », des « plans d'ajustement structurel » et de « loi de plan » de la majorité des Etats parties⁽³¹²⁾ sont là pour écarter l'entreprise publique des modes de fonctionnement fixés par l'AUSC et GIE ; car celle-ci est d'une manière ou d'une autre créée par la « force ». Ces instruments d'intervention de l'Etat dans l'entreprise publique font généralement allusion au renforcement des bases matérielles de l'économie. De surcroît, bien que l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises autorise des emprunts⁽³¹³⁾, les gouvernements ont quelque fois imposé des pratiques sans rapport avec leur objet ; emprunter des devises à terme, conclure des contrats d'approvisionnement comportant des surcoûts ou des ventes au rabais, acheter des équipements à des conditions non concurrentielles.

Considéré comme fondement de l'intervention de l'Etat dans l'entreprise publique, la notion d'intérêt public est attachée à l'Etat. Mais, à force de privilégier l'intérêt public, l'Etat actionnaire ignore l'intérêt privé de l'entreprise. La conciliation des deux intérêts parfois antagonistes constitue un nœud d'étranglement qui empêche l'AUSC et GIE de s'appliquer, dans sa totalité à l'entreprise publique. Le législateur africain n'a rien prévu pour dissiper cette situation. En effet, le ménage entre l'Etat entrepreneur-actionnaire, protecteur de l'intérêt public général et les organes sociaux de l'entreprise publique censés protéger l'intérêt privé de l'entreprise engendre des conflits tant sociaux qu'économiques. Sur le plan social, il est évident que l'Etat reste dans sa logique à la fois de régulateur et de garant de la satisfaction sociale des citoyens sans se soucier de l'intérêt privé de l'entreprise à laquelle il a confié un objet donné. Sur le plan économique, il est aussi évident que les dirigeants sociaux restent soucieux de la réalisation des bénéfices et donc, de la réussite de l'entreprise publique. Sur ce dernier plan, il est inévitable que l'étatisation du financement et de la gestion, la définition politique des objectifs de l'entreprise publique et la réglementation de ses activités⁽³¹⁴⁾ constituent pour elle autant de facteurs qui ne lui permettent pas de se soumettre totalement à l'AUSC et GIE ou de réaliser le meilleur résultat. Aussi, faut-il le souligner, pour toute société commerciale, l'approche stratégique s'appuie sur deux éléments : la définition d'un Objectif et la programmation des moyens pour l'atteindre. Dans ce processus, le poids de l'actionnaire est décisif. Or l'Etat actionnaire peine à jouer ce rôle de stratège dans la mesure où il ne peut faire abstraction du fait qu'il est la puissance publique, c'est-à-dire un intervenant aux objectifs multiples et, comme le soutient la doctrine britannique, dont les décisions résultent d'un processus d'essence politique⁽³¹⁵⁾.

⁽³¹²⁾ *Cas du Cameroun par le plan d'ajustement structurel (PAS III) pour la période 2000/2001-2003/2004, évalué le 28 mai 2008. Gabon, plan de stratégie Gabon émergent Vision 2025 et orientations stratégiques 2011-2016 Revu en 2012.*

⁽³¹³⁾ *Annexe, compte 16 (emprunts et dettes assimilées) de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, adopté le 24 mars 2000, JO ° 10.*

⁽³¹⁴⁾ *Dans la plupart des Etats parties, l'on constate l'existence des autorités de régulation ou de réglementation des activités dans lesquelles l'entreprise publique exerce. Cas des autorités des marchés publics, des télécommunications et de l'électricité.*

⁽³¹⁵⁾ *BACON Robert et ELITIS Wiliam, Britain's Economic problems: too few producers, Londres, Macmillan, cite In Melchior 2012. SANTINI Jean-jacques "Les dénationalisations britanniques: objectifs et réalisations, Economie et prévision, 1978 p. 47-69.*

Sur ces situations conflictuelles, les constructions doctrinale et jurisprudentielle paraissent très intéressantes. En effet, suivant la doctrine française, l'autonomie financière des entreprises publiques, leur personnalité, et le caractère commercial qui leur est reconnu ne doivent pas faire illusion et les tromper elles-mêmes sur leur propre nature. Elles ne sont que « des rouages de l'Etat dans l'intérêt de la nation et les ministres responsables ne doivent pas être paralysés dans leur action par les prétentions de telle ou telle entreprise⁽³¹⁶⁾. Autrement dit, l'intérêt public reste dominant et prime sur l'intérêt de l'entreprise publique en tant qu'entité économique. La thèse d'un intérêt social privé de l'entreprise publique⁽³¹⁷⁾ que celle-ci pourrait opposer à l'Etat actionnaire n'a jamais été consacrée, à notre connaissance, par un juge et dans certaines de ses conséquences, elle ne pourrait sans doute pas l'être. L'on peut penser particulièrement à ce niveau à l'impossibilité qu'il y aurait pour un juge de désigner, dans une entreprise publique, comme dans l'affaire FRUHAUF⁽³¹⁸⁾, un administrateur provisoire chargé de préserver l'intérêt social de la société contre les exigences que l'Etat actionnaire majoritaire voudrait lui imposer.

Il faut souligner que le recours à la notion d'intérêt public social pour justifier une dérogation à l'AUSC et GIE ne peut être admis, d'autant plus que les dispositions dudit Acte uniforme sont d'ordre public. Cependant, les impératifs sociaux qui incombent à l'Etat en tant que garant de la protection des citoyens, nous laissent perplexes et nous poussent à s'interroger sur la possibilité pour l'Etat actionnaire de déroger aux règles de droit des sociétés OHADA sur la protection de l'intérêt social auxquelles est soumise l'entreprise publique.

2) L'intérêt social de droit

La notion d'intérêt social ou collectif⁽³¹⁹⁾ était théoriquement connue dans les législations antérieures des Etats parties au droit OHADA⁽³²⁰⁾. Le droit OHADA lui accorde une consécration législative. Ce qui à notre avis, pour ce qui est de l'entreprise publique, va à l'encontre de la logique de l'intérêt public social⁽³²¹⁾ qui constitue traditionnellement la finalité ou, du moins, le fondement de la création de celle-ci par l'Etat. Pourtant, l'AUSC et GIE utilise la notion d'intérêt social comme *leitmotiv* dans la définition de certaines infractions. Cette notion sert par exemple, de critère pour définir le délit d'abus de biens

⁽³¹⁶⁾ note Jean BOULOUIS sous CE, 1^{er} décembre 1950, S. 1951, 3, p. 61 à propos d'un recours d'EDF contre un décret.

⁽³¹⁷⁾ M. R. KOVAR, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie laïcité*, RTDE avril-juin 1996, pp 215-242, spéc. P. 223.

⁽³¹⁸⁾ CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, 14274, Concl. NEPVEU.

⁽³¹⁹⁾ B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 55. L'intérêt collectif est une notion que B. OPPETIT a défini comme « celui qui concerne un groupe en tant que tel, et non pas un individu ou plusieurs individus isolés ».

⁽³²⁰⁾ Il faut reconnaître que les décrets lois de 1935 réprimant les abus de biens sociaux avaient été rendus applicables en Afrique francophone et étaient restés en vigueur dans de nombreux Etats après les indépendances.

⁽³²¹⁾ Selon le Doyen G. VEDEL, (*Droit administratif*, PUF, Coll. Thémis, 12e éd. 1992, P. 516 et s.) l'intérêt général est « indéfinissable » alors que J. CHEVALIER (*Réflexion sur l'idéologie*, In *variation autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol., CURAPP- PUF, 1978, P. 11), le définit comme une pure construction idéologique.

sociaux⁽³²²⁾. Elle sert également de critère pour la définition de l'abus de majorité⁽³²³⁾ et de l'abus de minorité⁽³²⁴⁾ que l'AUSC et GIE sanctionne par l'ouverture d'une action en responsabilité civile dans le premier cas et par une action en nullité dans le second cas.

En effet, l'intérêt social est susceptible de diverses interprétations. Pour M.M. COZIAN, VIANDIER et Mme DEBOISSY⁽³²⁵⁾, il y'a trois visions : une vision *minimaliste*, une vision *maximaliste* et une vision *médiane*.

Dans la première vision, la vision *minimaliste*, l'intérêt social se réduirait à l'intérêt de l'Etat actionnaire et se confondrait donc avec la notion d'intérêt commun tel que visée à l'article 1833 C. civ. et à l'article 4 al 2 de l'AUSC et GIE révisé qui dispose que « la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés ».

Dans la seconde, la vision *maximaliste*, défendue par les partisans de la « doctrine de l'entreprise », l'intérêt social irait au-delà de l'intérêt de l'Etat actionnaire. Il engloberait également ceux des salariés, ceux des créanciers, des fournisseurs, des clients, voire de l'Etat actionnaire ou non. En ce sens, il s'agirait donc de l'intérêt de l'entreprise publique elle-même, puisque fondamentalement, elle n'est qu'une technique d'organisation englobant plusieurs acteurs⁽³²⁶⁾.

La conception médiane est une position intermédiaire entre Les deux précédentes. L'intérêt social est à la fois l'intérêt de l'Etat actionnaire et celui de l'entreprise publique que l'Etat a créée.

L'on s'aperçoit que le législateur de l'OHADA n'a pas pris clairement position pour l'une ou l'autre de ces visions. Pour notre part, l'on se réjouirait que l'intérêt social dépasse celui de l'Etat actionnaire. Décider le contraire reviendrait à admettre que l'Etat ne joue pas son rôle de régulateur et de protecteur de l'intérêt général et que, par exemple, l'approbation d'un acte délictueux par l'Etat actionnaire lui enlève tout caractère délictueux ou que le PCA d'une entreprise publique ne puisse pas être poursuivi pour abus de biens sociaux⁽³²⁷⁾, puisque l'Etat ne « peut mal agir ». De son côté, la jurisprudence française, sans être uniforme, fait de la défense de l'intérêt social, le fondement en matière d'abus de biens sociaux en affirmant, pour la plupart des cas, que

⁽³²²⁾ L'article 891 A.U. Soc. définit le délit d'abus de biens sociaux comme le fait pour un dirigeant d'une société de faire de mauvaise foi, des biens ou de crédit de la société, un usage contraire à l'intérêt de la société.

⁽³²³⁾ Voir article 130 al. 2 A.U. Soc. « il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société »

⁽³²⁴⁾ Selon l'article 131 al. 2 A. U. Soc. « Il y a abus de minorité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que les décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime ». Voir l'abus de minorité : la documentation permanente, C2A édition, n° 11/98, 5 juin 1998, D.I.

⁽³²⁵⁾ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 14^e, n° 431 ; Voir également, D. SCHMIDT, *De l'intérêt social* : JCP éd. E. 1995, I, n° 488.

⁽³²⁶⁾ J. PAILLUSSEAU, *Les fondements modernes du droit des sociétés*, op. cit. ; la Société Anonyme, *technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 200 ; DEPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, n° 192.

⁽³²⁷⁾ M. KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaison avec le droit français*, T. 406, 2003, LGDJ, p. 158.

la condamnation l'abus de biens sociaux « a pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle »⁽³²⁸⁾.

Le législateur africain, tout comme le juge français, refuse donc de voir dans l'intérêt social, celui des seuls actionnaires, donc de celui de l'Etat actionnaire ; il se situe dans la conception médiane. Cette position médiane réduit considérablement l'application de l'Acte uniforme à l'entreprise publique dont l'actionnaire a aussi une mission d'intérêt général. Il n'aura plus tendance à privilégier son intérêt en tant, à la fois qu'actionnaire et Etat au détriment de l'intérêt de l'entreprise publique. Du coup, la notion d'intérêt commun, vague et fluide, qui est la boussole des dirigeants sociaux⁽³²⁹⁾, se manifeste par sa prise en compte dans la gestion de l'entreprise publique évinçant ainsi, l'intérêt général si cher à l'Etat. Cependant, l'on ne doit pas se tromper d'analyse, car, l'intérêt général demeure présent dans l'entreprise publique du fait de la présence de l'Etat garant de cet intérêt.

Somme toute, l'entreprise publique constitue un centre d'intérêt tant pour l'Etat actionnaire que pour l'entreprise elle-même et tous ceux qui traitent avec elle. Mais, en cas de conflit, en principe, c'est l'intérêt privé de l'entreprise qui devrait l'emporter. Mais force est donnée de constater que l'Acte Uniforme n'ayant pas clairement prévu un statut particulier pour l'Etat actionnaire, son application à l'entreprise publique reste limitée par l'usage des prérogatives de puissance publique. Néanmoins, l'on s'aperçoit dans la pratique que la création de l'entreprise publique s'accompagne non pas seulement d'une simple délégation d'objet, mais aussi d'une délégation de compétence. Celle-ci permet l'existence d'une véritable entreprise dont l'entrepreneur est l'Etat qui n'hésite pas à intervenir dans la gestion de l'entreprise publique par l'intermédiaire de ses ministres.

B. Les modes d'intervention des tutelles ministérielles

Malgré la position doctrinale⁽³³⁰⁾ revendiquant l'autonomie de gestion et l'application des règles du droit des sociétés à l'entreprise publique, il n'en demeure pas moins que le poids des ministres de tutelle technique ou économique se fait sentir dans la gestion de cette entreprise. En effet, la tutelle s'entend à la fois comme l'ensemble des mécanismes par lesquels l'Etat vérifie que les réglementations ont été correctement appliquées par l'entreprise publique et comme le pouvoir de l'Etat actionnaire de peser sur les choix, d'orienter les investissements, de contrôler la stratégie de développement⁽³³¹⁾. L'on observe donc que l'Etat actionnaire ne peut exercer certains de ses pouvoirs sur l'entreprise publique que par des moyens non prévus par l'AUSC et GIE parmi lesquels les textes à caractère administratifs comme les décrets (1) et des directives ministérielles (2).

⁽³²⁸⁾ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU- TOUKAM et F. ANOUKAHA, *com. Ss. Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, J.O. OHADA n° 2, 01/10/97, p. 1 et s.

⁽³²⁹⁾ v. *infra*. Pp 151 et s. ; Ernest & Young International, OHADA, *Droit des sociétés commerciales et GIE*, p. 39

⁽³³⁰⁾ G. RIPERT, *opt. Cit.* p. 323.

⁽³³¹⁾ G. DURANT, P. NDIAYE, C. RIBOT, J.-PH. COLSON (sous la direction de), *droit public économique, corrigés d'examen*, L.G.D.J., 1996, P. 89. Jean-Yves CHEROT, *Droit, Public économique, Economica*, 2^e Ed.p. 542.

1) Les décrets

L'entreprise publique est créée par décret, donc par un acte administratif. Du commun des mortels, il n'est donc pas surprenant que l'Etat utilise le même outil pour gérer cette entreprise publique. Il est donc compréhensible que l'influence de l'Etat sur l'entreprise publique puisse s'exercer par le biais des décrets et règlements de portée générale. Pourtant, l'on voit que ces décrets et règlements, s'ils ne sont pas contraires à l'Acte Uniforme, dénaturent, tant soit peu l'esprit et la lettre de cet Acte. A titre d'exemple, l'article 4, al. 1 de la Loi n° 99-016 du 22 décembre du Cameroun relative aux procédures de dissolution et liquidation des Entreprises publiques et para publiques, prévoit que les biens du domaine public et du domaine national ainsi que les biens du domaine privé de l'Etat transférés à une entreprise publique conservent leur statut d'origine⁽³³²⁾. Le législateur camerounais, à travers cette loi, exclut implicitement les biens de l'Etat transférés à l'entreprise publique de la dissolution. Ce texte met à mal l'application de l'article 2 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui voudrait que les procédures collectives s'appliquent non seulement aux personnes morales de droit privé, mais également aux entreprises publiques constituées sous la forme d'une personne morale de droit privé. Dans cette situation, l'on est confronté à une contradiction : les pouvoirs publics tout en affirmant d'un côté, l'autonomie de gestion de l'entreprise publique à travers des textes nationaux⁽³³³⁾ et leur adhésion au Traité OHADA, excluent de l'autre côté certains biens de cette même entreprise aux procédures prévues par le droit OHADA auquel ils veulent la soumettre. Il en résulte donc que l'appartenance de l'entreprise publique au secteur public établit par voie de conséquence un cachet significatif sur sa gestion⁽³³⁴⁾.

Du fait des pouvoirs absolus dont dispose l'Etat, l'entreprise publique est soumise à un aléa essentiel : les pouvoirs publics peuvent « forcer » ou « dénaturer » les règles du jeu et remettre en cause, dans la pratique, le principe absolu de la soumission de l'entreprise publique au droit OHADA. Par exemple dans les Etats de l'UEMOA, les fonctions d'administrateur dans l'entreprise publique se trouvent menacées par les lois et décrets pris dans le cadre de passation des marchés publics⁽³³⁵⁾. Dans ce cadre précis, les seuils de

⁽³³²⁾ Cité par M. Pascal NGUIHE KANTE, *Réflexion Sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et para publiques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA* ; cité par Adré AKAM AKAM, in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Harmattan, Cameroun, p. 181 et s

⁽³³³⁾ *Les lois et décrets togolais et camerounais portant réforme juridique des entreprises publiques*, op. cit. p. 28.

⁽³³⁴⁾ PEBEREAU, *La politique économique de la France*, Edition A. COLIN, 1988, Tome 2, pp. 66-69.

⁽³³⁵⁾ Directive n° 04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ; Directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ; TOGO : Loi n° 2009-013 relative aux marchés publics et délégation de service public ; Décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés public et délégation de service public ; décret n° 2009- 295/PR portant mission, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics. BURKINA FASO : décret n° 2008-173/PRES/PM/MEF du 18 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service au Burkina Faso ; décret n° 2007-243/PRES/PM/MFB du 9 mai 2007 portant création, attributions, missions, organisation et fonctionnement de la commission nationale de passation des marchés publics et des délégations de services au Burkina Faso.

passation des marchés publics à passer par l'entreprise publique sont fixés par décret en conseil des ministres⁽³³⁶⁾; le contrôle et la surveillance de la procédure interne de passation de ces marchés sont désormais dévolus à une commission nationale de contrôle de passation des marchés publics en lieu et place des organes sociaux reconnus par l'AUSC et GIE. La présence de ce nouvel organe qui s'accapare d'une partie des missions du CA est un signe révélateur du poids des ministères des finances dans la gestion de l'entreprise publique.

Il est vrai que les décrets et règlements sont de portée générale, obligatoire dans toutes leurs dispositions et directement applicables dans l'ordre interne. Mais, il est recommandé et même imposé que leur exécution par l'Etat dans le cadre de l'entreprise publique soit subordonnée à leur conformité aux dispositions de l'AUSC et GIE.

2) Les directives ministérielles

L'Etat actionnaire a une propension naturelle à dicter ses comportements à l'entreprise publique. En effet, l'utilisation des directives ministérielles, outils non prévus par les Actes Uniformes de l'OHADA, est devenue un important instrument d'orientation pour l'Etat de la politique de l'entreprise publique. Il s'agit d'une pratique courante qui s'accompagne, comme le soulignent D. LINOTTE et J.-P. BUFFELAN-LANORE⁽³³⁷⁾, de moyens souterrains d'action pour faire prévaloir un véritable pouvoir hiérarchique qui est une dénaturation de la logique de fonctionnement de l'entreprise publique dans l'espace OHADA. C'est ainsi qu'il n'est pas rare que le ministre de tutelle, dans le cas des entreprises publiques de télécommunications par exemple, intervienne par simple décision pour fixer dans leurs cahiers de charges, les droits et les obligations de chaque exploitant, le cadre général de gestion de leurs activités, les principes de fixation des tarifs et les conditions d'exécution des services. Une telle pratique se manifeste dans les politiques sectorielles des entreprises par les autorités de régulation mises en place par le gouvernement. Dans la majorité des Etats parties⁽³³⁸⁾ et en France, par exemple, La Poste et France Télécom restent liées à l'autorité de tutelle⁽³³⁹⁾ et leurs statuts sont définis par décret et par des directives ministérielles. Les orientations stratégiques sont soumises à l'approbation de l'autorité ministérielle et l'entreprise publique devient un relais de la politique du gouvernement en place. Cette intervention de la tutelle ne serait pas vue comme une obstruction au droit communautaire, si elle était faite dans le cadre du Conseil d'administration ou d'une Assemblée Générale. Malheureusement, tout se passe comme si le CA ou le conseil de surveillance n'existait pas ; le ministre de tutelle fort de sa position hiérarchique, s'érige en une assemblée générale avec des pouvoirs débordant ses fonctions dans l'entreprise publique. De par ce comportement la tutelle canalise l'action de l'entreprise publique par des décisions ou des directives qui sont en fait, de

⁽³³⁶⁾ Art. 4 de la Loi togolaise *op. cit.* ; Art. 5 du décret n° 2009-277/PR du Togo, *op. cit.*

⁽³³⁷⁾ D. LINOTTE J.-P. BUFFELAN-LANORE (refondu par) par J.-P. Régime des entreprises publiques J.C.A. fasc. 157, p. 14.

⁽³³⁸⁾ V. Au Bénin, loi du 13 mai 2014 relative aux Communications Electroniques et la Poste au Bénin, www.atrpt.bj;

⁽³³⁹⁾ Article 1^{er} de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, JORF n°157 du 8 juillet 1990, p. 8069, version modifiée et consolidée le 24 août 2014 et entrée en vigueur le 11 septembre 2014. V. DURAND, P. NDIAYE, C. RIBOT et J.-PH. COLSON, *op. cit.*, p.155.

véritables injonctions ou instructions aux dirigeants de l'entreprise publique. L'exemple des Codes des marchés publics et délégations de service⁽³⁴⁰⁾ qui s'appliquent indifféremment, à toutes les institutions étatiques dont l'entreprise publique, en dit long. Désormais, le conseil d'administration n'a plus les mains libres dans l'engagement stratégique de l'entreprise publique. Au Togo par exemple, la DNCMP et l'ARMP (des organes non prévus par l'A.U.S.C. et GIE) qui sont *a priori*, des organes de contrôle des marchés publics, s'immiscent dans la gestion de l'entreprise publique pour refuser de donner leur avis de non objection pour la signature de tel ou tel contrat⁽³⁴¹⁾. L'on assiste là encore, à une intervention des organes étatiques étrangers à l'Acte Uniforme qui réduisent les marges de manœuvre de l'entreprise publique.

La logique de l'Acte Uniforme est d'englober les entreprises publiques dans un système juridique conçu pour les personnes morales de droit privé en général. Cette assimilation ne s'accommode pas toujours avec l'esprit du droit administratif auquel les personnes morales de droit public sont naturellement censées être soumises. Ce qui laisse subsister des lacunes quant à l'application des règles du droit des sociétés seules. Ces lacunes s'expliquent par l'appartenance de l'entreprise publique à l'Etat et par le fait que celle-ci n'a pas seulement que comme premier et unique objectif la rentabilité, elle est également, un instrument de la politique économique de l'Etat induisant la satisfaction de l'intérêt général dont la protection ne peut être assurée que par les règles de droit administratif.

Pag. II. La confrontation du droit administratif à l'AUSC et GIE

Le droit administratif est sensible à la transformation qui affecte l'entreprise publique. Dès que le droit privé évolue, le droit administratif qui est le droit naturel de l'entreprise publique devait changer. La soumission des sociétés commerciales en général, au droit privé, assortie de l'assujettissement de l'entreprise publique commerciale à l'AUSC et GIE, entraîne, comme l'avait soutenu une partie de la doctrine française, une « banalisation »⁽³⁴²⁾ de l'action administrative et corrélativement une banalisation du droit administratif.

Appliquée à l'entreprise publique, la « banalisation » du droit administratif voudrait dire à la fois que le droit administratif tend à ressembler au droit OHADA et que, dans le même temps, l'on lui ôte les signes distinctifs qui font de lui un droit autonome et spécifique. Certains signes traduisent certes, une telle tendance avec comme conséquence la dilution ou la disparition des règles du droit administratif dans la gestion de l'entreprise publique. Cependant, l'annonce d'une possible fin des règles de droit administratif dans la gestion de l'entreprise publique est une « illusion d'optique »⁽³⁴³⁾. A

⁽³⁴⁰⁾ Loi N° 2009- 013 relative aux marchés publics et délégations de service public, Décret N°2009 - 277 /PR portant Code des marchés publics et délégations de service public, (TOGO), Décret N° 2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et délégations de service (Burkina Faso), Décret, N° 95-401/P-PM du 10 novembre 1995 (Mali), Décret N° 2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics (Cameroun).

⁽³⁴¹⁾ Pour une raison du montant supérieur au taux réglementaire de 10%, la DNCMP au TOGO a refusé de donner son avis de non objection pour la passation de marché gré à gré entre TGC et ALU.

⁽³⁴²⁾) L'on doit à l'origine, cette expression à J.-B. AUBY, dans les *Mélanges J.-M. AUBY*, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », Dalloz, 1992, p. 3.

⁽³⁴³⁾ J.-B., *3La bataille de San Romano ; Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif* », A.J.D.A., 20 novembre 2001, pp. 912-926, spéc. P. 921.

ce titre, l'on peut évoquer le caractère administratif de l'entreprise, mais qui demeure assujettie à l'AUSC et GIE du fait de sa dépendance voulue vis-à-vis dudit Acte uniforme (A). Cette dépendance peut être perçue comme un refus formel d'application du droit administratif à l'entreprise. Cependant, l'on observe que la légalité administrative, même subsidiaire persiste dans la gestion de l'entreprise publique (B).

A. La dépendance textuelle de l'entreprise publique

Dès lors qu'elle est constituée sous la forme d'une société anonyme, l'entreprise publique est commerciale. Ceci est une évidence du fait de l'AUSC et GIE et il n'en peut, en droit, être autrement. En cela, il s'agit d'une remise en cause du statut originel de l'entreprise publique par la consécration de sa commercialité (1) qui implique son assujettissement audit Acte uniforme (2).

1) La commercialité de l'entreprise publique

Dans son œuvre d'uniformisation et d'harmonisation, le législateur africain n'a pas prévu le cas spécifique de l'entreprise publique. Comme s'interroge Maître IPANDA, est-ce un simple oubli ou une volonté délibérée de priver l'entreprise publique d'une organisation ou d'un caractère spécifique⁽³⁴⁴⁾? En réponse, l'on dira qu'il ne s'agit pas d'un oubli, mais plutôt d'une logique d'harmonisation et d'uniformisation; puisque le législateur africain a pris soin de préciser que « toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, ... est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme »⁽³⁴⁵⁾. Aussi, poursuivant dans sa logique, le législateur confirme qu'une fois constituée sous l'une des formes⁽³⁴⁶⁾ prévues par l'AUSC et GIE, toute société est commerciale par sa forme. Dès lors, une entreprise publique qui a opté pour l'une de des formes prévues par cet Acte uniforme, acquiert dès sa constitution, le caractère commercial. En d'autres termes, de la nature juridique de l'entreprise publique, dépend sa soumission ou non, aux divers Actes uniformes du droit OHADA. Tout dépend du fait qu'elle soit commerciale ou non commerciale. Certains Actes uniformes la citent nommément comme devant être soumise aux dispositions du droit commercial de l'OHADA⁽³⁴⁷⁾. Egalement, la preuve de sa commercialité par sa forme constitue également un élément déterminant de cette soumission à l'Acte uniforme. Ainsi pourra-t-on dire que le droit des sociétés OHADA ratisse large et comme un « grand râteau couvrant tout le secteur productif, et ce, indépendamment de la nature civile ou commerciale des activités menées »⁽³⁴⁸⁾.

A la question de savoir si une entreprise publique peut bénéficier du statut de commerçant, une réponse positive est certaine pour toutes les entreprises publiques

⁽³⁴⁴⁾ Maître IPANDA (Avocat au Barreau du Cameroun), *la société d'une seule personne dans l'espace OHADA, com. de l'art. 5 de l'Acte Uniforme OHADA, relatif au droit des sociétés, commerciales et au GIE, JO, OHADA, n° 2 1997.*

⁽³⁴⁵⁾ Voir article 1^{er} de l'AUSC et GIE.

⁽³⁴⁶⁾ V. article 6 de l'AUSC et GIE.

⁽³⁴⁷⁾ V. art. 2 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises du 24 mars 2000. Il cite nommément, entre autres, les entreprises publiques et parapubliques ainsi que les entreprises d'économie mixte.

⁽³⁴⁸⁾ V. Soulemane SERE, *Annotations et commentaire sous l'Acte uniforme relatif à l'organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, Juriscope, 2^e éd., p. 569.*

constituées sous une forme de SA, par exemple. M. DERRIDA, à ce sujet, fait observer que toute entreprise publique pouvant parfaitement réaliser des bénéfices, a la qualité de commerçant⁽³⁴⁹⁾. L'on assiste comme le disait le doyen G. VEDEL, à l'apparition des « commerçants publics »⁽³⁵⁰⁾. Cette formule révélatrice convainc par elle seule de la commercialité essentielle de l'entreprise publique et des restrictions apportées par le droit public à cette commercialité⁽³⁵¹⁾. Dans le même prolongement, la jurisprudence française a eu l'occasion de préciser que ce qui caractérise essentiellement la forme et la commercialité, c'est que le capital social est divisé en actions et qu'une société ne peut donc pas se prétendre société civile du moment qu'elle crée des parts négociables en limitant la responsabilité des associés à leurs apports⁽³⁵²⁾. L'entreprise publique, fut-elle unipersonnelle, a un capital divisé en actions et donc, suivant la logique de la jurisprudence sus citée, elle ne peut être que commerciale. L'AUSC et GIE n'est pas du reste dans cette logique. En effet, cet Acte uniforme dispose que le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet⁽³⁵³⁾. Dès lors, quelle que soit son activité, l'entreprise publique constituée sous la forme d'une société commerciale, est commerciale. Il en résulte donc que son régime ne peut être dicté que par sa forme et non par son objet. La cour de cassation française a toujours abondé dans le même sens en indiquant que tous les actes de l'entreprise publique sont des actes de commerce, d'où la compétence du tribunal de commerce. Elle exprimait ce principe en ces termes : « nonobstant la nature civile du mandat unissant un agent général à une compagnie d'assurances, la compagnie *prudence Créole GFA* était bien fondée à revendiquer la compétence de la juridiction commerciale, le litige opposant deux personnes morales ayant la qualité de commerçantes de par leur forme, à l'occasion de l'exercice de leur activité statutaire »⁽³⁵⁴⁾. La forme de l'entreprise publique est donc déterminante dans sa qualification juridique et justifie son assujettissement à l'AUSC et GIE.

2) L'assujettissement de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE voulu

Il est normalement du domaine du droit administratif de régler la situation de l'Etat actionnaire d'une entreprise publique. Car c'est ce droit qui détermine la politique de l'Etat et définit d'une manière générale, les règles de sa mise en œuvre. En pratique, il est évidemment inconcevable que l'on mette l'Etat et un particulier sur un pied d'égalité. Mais, le législateur africain a décidé que l'entreprise publique et son propriétaire soient assujettis à l'AUSC et GIE (Il résulte en effet, de l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, que l'entreprise publique est soumise au droit privé de l'OHADA). Par cette approche extensive et maximaliste du champ d'application des règles de l'AUSC et GIE, le législateur du droit OHADA manifeste sa volonté de ne laisser échapper aucune des activités commerciales à l'emprise du droit privé, quand bien même il s'agirait des activités commerciales exercées par une autorité publique. Le principe est simple

⁽³⁴⁹⁾ DERRIDA, note sous cass. Com. Du 29 jan. 1952 : D. 1952, p. 737.

⁽³⁵⁰⁾ G. VEDEL, *La technique de nationalisation*, Dr. Soc. 1946, p.49.

⁽³⁵¹⁾ voir G. ECKERT, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 1994, cité par J. RIVERO & J. WALLINE, op. cit. n° 241, p.184.

⁽³⁵²⁾ Civ., 16 nov. 1910, D. 1911. 1. 321 ; note PERCEROU, également, Cass. Com. 4 sept. 1957, Gaz. Pal., 1957. 2. 396.

⁽³⁵³⁾ v. art. 6 de l'AUSC et GIE

⁽³⁵⁴⁾ Cass. Com., 10 mars 1998, P ; 665, note J.-J. DAIGRE

comme, le souligne F. LUCHAIRE⁽³⁵⁵⁾ : l'entreprise publique, dans la mesure où elle gère un service dans les mêmes conditions qu'un particulier industriel ou commerçant, est soumise au droit commun, c'est-à-dire au droit des sociétés commerciales et, pour ce qui est de l'entreprise publique dans l'espace OHADA, toutes ses opérations relèvent des Actes uniformes et usages du droit commercial, même si l'actionnaire est l'Etat. En raison du principe de la neutralité et d'égalité de traitement⁽³⁵⁶⁾ entre les actionnaires publics et privés consacré par l'AUSC et GIE, la soumission des activités de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE devient une évidence. L'on observe qu'une frontière se dessine consacrant le principe de soumission sans limite de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE et qui entraîne l'effacement, sinon, l'éviction des règles de droit administratif de la sphère de fonctionnement de l'entreprise publique.

L'entreprise publique commerciale, en dépit de sa nature et de la justification tirée de la vocation à servir l'intérêt général⁽³⁵⁷⁾, s'analyse comme un opérateur économique justiciable des règles de l'AUSC et GIE. A cet effet, les qualifications, les méthodes, les contrôles et les sanctions prévus par le droit OHADA sont opposables à l'entreprise publique, dès l'instant où elle exerce une activité commerciale. L'AUSC et GIE et ses règles étendent leur empire sur le droit administratif classique qui est le droit naturel de l'Etat actionnaire et par ricochet, de l'entreprise publique.

B. La subsidiarité du droit administratif dans l'entreprise publique

L'entreprise publique est l'expression de la volonté de l'Etat qui peut invoquer son droit régalien quand il s'agit du respect des textes du droit des sociétés OHADA. Vu sous cet angle, il serait étonnant que l'Etat prétende, dans la gestion de l'entreprise publique, être un actionnaire comme les autres. Malheureusement, cet actionnaire particulier ne peut invoquer sa souveraineté pour se soustraire à l'application de l'AUSC et GIE, car dans la hiérarchie des textes, le Traité OHADA prime sur les textes nationaux. Néanmoins, certaines règles du droit administratif, bien qu'éparses et non prévues par l'AUSC et GIE, continuent de s'appliquer à l'entreprise publique (1) avec comme corollaire l'altération des règles issues de l'AUSC et GIE (2).

1) La survie des règles éparses du droit administratif

Le droit administratif est relégué au second plan quand il s'agit de son application à l'entreprise publique ; puisque de par sa forme, elle est soumise au droit privé OHADA et que par conséquent, le droit administratif ne peut s'appliquer que, au moins, s'il n'est pas contraire à l'AUSC et GIE. Mais ceci n'est qu'un principe. Quelques exemples permettront de voir que certaines règles du droit administratif quand bien même éparses, s'appliquent encore à l'entreprise publique.

Lors de la constitution de l'entreprise, l'Etat qui apporte sa richesse, tel un immeuble, peut prétendre avoir fait un apport en nature lui donnant droit de regard dans la gestion de

⁽³⁵⁵⁾ F. LUCHAIRE, *le statut des entreprises publiques* : Dr. Soc. 1957.

⁽³⁵⁶⁾ G. ECKERT, *Droit administratif et commercialité*, thèse Dactylographiée, sous la direction de M. WALINE, Strasbourg, 1994, 854, p. 12.

⁽³⁵⁷⁾ Il s'agit de la vocation que l'Etat actionnaire l'attribue, même si par ces temps modernes, l'entreprise publique est plus orientée vers l'intérêt social.

l'entreprise. Un tel bien apporté, même en propriété, ne peut pas être aliéné et ceci en vertu du principe du droit administratif de l'inaliénabilité des biens publics. L'article 5 du décret d'application de la Loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 du Togo, par exemple, écarte d'ailleurs l'apport en propriété dans l'entreprise publique en disposant que les biens du domaine public ne peuvent faire l'objet que d'un apport en jouissance, car ils sont inaliénables, insaisissables et imprescriptibles. Cette exclusion n'est faite que pour obéir au principe du droit administratif de l'inaliénabilité des biens de l'Etat. En considération de ce principe, et dans la même approche que A. CHAIGNEAU et S. VERNAC⁽³⁵⁸⁾, l'on peut aller plus loin et dire que l'action, propriété de l'Etat dont il a la garde, comme tout autre élément du patrimoine de l'Etat est inaliénable. A ce niveau également, la garde de la chose, s'agissant des actions, peut être envisagée sous l'angle de l'exercice des prérogatives de l'Etat, tout particulièrement l'application du droit administratif à ces actions. L'acceptation, dans la pratique de ces règles du droit administratif, altère tant soit peu, celles de l'AUSC et GIE. Ce n'est pas pour autant que l'on doit conclure que ces principes issus du droit administratif sont inapplicables à l'entreprise. Chemin faisant, l'on pourra concevoir que l'Etat actionnaire, responsable de ses actions et de son entreprise leur applique son droit.

En outre, il est admis par le droit OHADA que la dissolution de l'entreprise publique unipersonnelle entraîne la transmission universelle du patrimoine de l'entreprise à l'Etat sans qu'il y ait lieu la liquidation⁽³⁵⁹⁾. Mais, dans le cas où l'entreprise publique est d'économie mixte, sa dissolution donne lieu de plein droit à la liquidation. Les biens de l'Etat, de quelle que nature qu'ils soient, peuvent-ils être liquidés ? Nous ne le pensons pas ; ceci en vertu d'une part, du principe du droit administratif selon lequel la procédure de liquidation de biens n'est pas applicable aux biens de l'Etat et d'autre part, du fait du régime juridique de l'Etat actionnaire.

Ce qui est sûr, c'est que l'Etat n'abandonnera pas facilement cette protection qui lui est accordée par le droit administratif et se soumettre à la cruelle situation d'obéir à un « capitalisme privé » qui cadre mal avec sa culture de puissance publique.

La subsidiarité des règles du droit administratif dans l'entreprise publique, se manifeste également dans son fonctionnement. Le conseil de surveillance par exemple, organe non prévu par l'Acte Uniforme, mais présent dans l'entreprise publique, se voit attribuer le rôle et les pouvoirs de l'assemblée générale. Egalement, les membres du conseil d'administration sont nommés par voie de décret par l'Etat, donc en considération des règles du droit administratif. N'est-ce pas là une violation de l'Acte Uniforme par l'Etat qui veut assurer une véritable mainmise sur les dirigeants sociaux et partant, sur l'entreprise publique ? Ceci révèle un indice de soumission, à certains égards, de l'entreprise publique au droit administratif alors même que par sa forme, elle est une personne morale de droit privé. Le droit administratif par rapport à l'AUSC et GIE en ce qui concerne leur application à l'entreprise publique, est comme le relevait P. PESCATORE un « auxiliaire adventice, il est l'expression d'une compétence liée, il ne

⁽³⁵⁸⁾ A. CHAIGNEAU et S. VERNAC, *op. cit.* P. 23.

⁽³⁵⁹⁾ Art. 201, al. 4 de l'AUSC et GIE. Y. Clarisse, « la remise en cause de l'insaisissabilité des biens des EPIC, au nom de l'interdiction des aides d'Etat », *Lettre du droit public de l'entreprise*, nov. 2003.

saurait mettre en échec le droit communautaire »⁽³⁶⁰⁾. Cependant, dans la pratique, l'on observe qu'il l'altère.

2) L'altération des règles issues de l'AUSC et GIE

L'on est porté à imaginer que l'Acte Uniforme n'est pas conçu pour être appliqué à l'entreprise publique. La soumission de celle-ci à ce droit s'aperçoit comme une adaptation difficilement conciliable avec le droit d'une institution appartenant à l'Etat. Ce qui revient à dire qu'avec l'OHADA, l'entreprise publique ressemble à un emprunteur ; elle emprunte au droit des sociétés, les règles de fonctionnement. Cette technique d'emprunt aux sociétés commerciales pour originale qu'elle soit, n'est pas sans inconvénients.

D'abord, elle constitue un facteur de résistance dans la mesure où aucun critère légal objectif n'a été défini par le législateur OHADA pour assurer un choix uniforme des règles à même de fixer l'organisation de l'entreprise publique, surtout si elle est unipersonnelle. Il ne suffit pas seulement de prévoir que l'entreprise publique est commerciale et par conséquent que le droit des sociétés doit lui être applicable. Dans un élan critique, certains auteurs pensent que « les entreprises publiques ne sont pas de vraies entreprises »⁽³⁶¹⁾, car elles dérogent parfois au droit des sociétés de la libre entreprise et échappent aux disciplines de ce droit bien que l'AUSC et GIE prétende qu'elles se confondissent avec les sociétés privées libres et responsables.

Ensuite, ce régime juridique d'emprunt n'est pas toujours de nature à assurer une pleine efficacité à de l'entreprise publique; elle risque de perdre son originalité du fait de l'utilisation de ce que M. Alain SAYAG a appelé, « des matériaux de remploi »⁽³⁶²⁾. Egalement, ce régime juridique d'emprunt auquel est désormais soumise l'entreprise publique n'est pas de nature à faciliter la qualification de certains actes pris par les dirigeants sociaux. Par exemple, un acte pris par le conseil de surveillance qui n'est composé uniquement que de ministres peut-il être considéré comme un simple acte de contrôle ou de surveillance alors même que ceux-ci sont des sujets de l'administration publique ?

En tout état de cause, leurs actes doivent être considérés comme des actes administratifs puisqu'ils n'ont pu prendre d'actes visant l'entreprise publique que dans leurs fonctions administratives. Ces actes de contrôle de l'entreprise publique échappent donc à l'AUSC et GIE.

En définitive, les difficultés d'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique semblent en effet, largement provenir de son origine publique. A cet effet, l'absence de règles propres qui lui sont applicables en tant qu'institution de l'Etat augure d'une singerie de l'Acte uniforme nuisible à son bon fonctionnement. Ce qui n'est pas de nature à faciliter son intégration totale au système de gestion voulu par le législateur du droit OHADA. Aussi, cette adaptation rencontre-t-elle un autre facteur limitant sa soumission à l'Acte Uniforme : le poids de la tutelle.

⁽³⁶⁰⁾ P. PESCATORE, *L'ordre juridique communautaire*, éd. de l'université de Liège, 1975, p. 199.

⁽³⁶¹⁾ François FORT, *op. cit.* p. 2 et s.

⁽³⁶²⁾ Alain SAYAG, *De nouvelles structures pour l'entreprise : JCP*, éd. E., 1985, I. 3217.

Section II : L'intervention de l'Etat pouvoir dans l'entreprise publique

Une des prérogatives majeures de l'Etat en tant qu'actionnaire est celle de donner son opinion sur l'orientation générale de son entreprise. C'est l'une des voies par laquelle l'Etat actionnaire exerce un contrôle sur son entreprise. Mais, l'on observe qu'une dichotomie agite l'Etat dans le cadre de l'entreprise publique. Il est à la fois actionnaire et pouvoir. En tant qu'actionnaire, il intervient dans l'entreprise par ses représentants, le commissaire aux comptes et certains organes de contrôle spécialisés, outils sur lesquels l'on ne veut plus revenir. En tant qu'Etat-pouvoir, il contrôle l'entreprise publique qui est une entité économique.

Vue par l'Etat-pouvoir, l'entreprise publique est une entité économique indépendante susceptible de s'éloigner des exigences de la puissance publique⁽³⁶³⁾. Or, en aucun moment, la légitimité de l'action de l'Etat n'a été remise en cause par l'AUSC et GIE, puisque d'ailleurs, l'Etat lui-même est un producteur, au travers notamment de l'entreprise publique⁽³⁶⁴⁾. Ces interventions dans l'entreprise publique s'opèrent donc de plusieurs manières et sous divers angles: elles peuvent être techniques, économiques et financières. Toute entreprise publique se voit donc assujettie à des procédures spécifiques d'intervention de l'Etat indifféremment de celles prévues par l'Acte uniforme du fait qu'elle soit un maillon de la chaîne de l'Economie nationale. Partant de ce constat, l'on doit mener la discussion sur la nature des outils d'actions utilisés par l'Etat (Pag. I) avant de chercher à savoir si l'« Etat-pouvoir » est redevable de ses actes faces aux tiers (Pag. II).

Pag I : Une intervention distincte de celle prévue par l'AUSC et GIE

En Tant que pouvoir, l'Etat définit la politique économique nationale par des moyens qui lui sont propres. Dans ce cadre, et prise individuellement, l'entreprise publique fait partie des entités économiques stratégiques dont l'Etat définit les objectifs avec des effets induits sur l'économie nationale. Dans ce cadre, il est évident que les méthodes utilisées par l'Etat diffèrent de ceux prévus par l'AUSC et GIE. Sans être considérée comme une ingérence directe dans la gestion de l'entreprise publique, l'Etat intervient comme réglementateur (A) et comme régulateur (B)

A. L'Etat réglementateur

L'on parle souvent, sans doute à tort d'Etat régulateur pour décrire des fonctions liées à l'introduction de lois et de réglementations par les pouvoirs publics. Le terme de régulateur est cependant impropre⁽³⁶⁵⁾ puisque ce terme fait référence au mécanisme de marché qui permet l'équilibre de façon naturelle sur le marché. L'on verra donc que l'Etat réglementateur est l'Etat qui influence le fonctionnement de l'entreprise, et donc du

⁽³⁶³⁾ D. DORMOY et R. MARCHIARO, *Les nouvelles orientations du contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques*, in *Mélanges G. PEQUIGNOT*, Montpellier, 1984, t. 1, p. 203.

⁽³⁶⁴⁾ B. CHENOT, *Direction et contrôle des entreprises publiques : le fonctionnement des entreprises nationalisées*, 3^{ème} colloque des facultés de droit, Dalloz, 1956.

⁽³⁶⁵⁾ Jacques GARELLO, *Moyens et actions de l'Etat*, libre.org, 2004, P. 3.

marché, par l'intermédiaire des réglementations (1), et se faisant, cette fonction heurte le droit communautaire engendrant une déréglementation (2).

1) L'entreprise publique influencée par les règlements

Il arrive que l'Etat vote des lois et autres règlements qui ont pour conséquence la modification des comportements de l'entreprise publique et ses équilibres financiers. C'est ainsi que par certaines réglementations, l'Etat influence par exemple les consommateurs, les producteurs, les exportateurs, les salariés en fonction de ses propres objectifs économiques et sociaux. L'Etat réglementateur peut encourager la consommation de certains produits ou services ; par exemple par l'introduction d'une taxe à la casse pour inciter à l'achat d'automobile neuve ou en décourager celle d'autres comme l'alcool et le tabac avec l'instauration d'une taxe supplémentaire⁽³⁶⁶⁾. Dans son rôle de réglementateur, l'Etat peut aussi mettre en place des normes à respecter pour avoir le droit d'investir, de produire ou de commercialiser ou encore d'exporter sa production. Tel est d'ailleurs le cas observé dans certains Etats parties OHADA qui ont créé les zones franches internationales afin d'encourager la production et l'exportation au détriment des autres sociétés non éligibles⁽³⁶⁷⁾. L'Etat réglementateur peut aussi encadrer la relation de travail avec le Code de travail avec l'instauration du salaire minimum, du droit de grève, du recours au contrat à durée déterminée. Ce dernier mode d'intervention de l'Administration publique dans l'entreprise publique devrait aller plus loin jusqu'à ne plus considérer les salariés comme des tiers vis-à-vis de l'entreprise publique, mais des partenaires. Cette option irait dans le sens de la conception du pouvoir de direction partagé prôné par Lainé BLOCH⁽³⁶⁸⁾. En effet, celui-ci déplore que « l'acte de société, en droit commercial, confère un statut dans l'entreprise aux détenteurs du capital ; il n'en confère pas aux membres du personnel qui ne sont liés à l'entreprise que par contrat ». Dans le même ordre d'idée, le rapport SUDREAU⁽³⁶⁹⁾ en France, relève que « les salariés sont extérieurs à la société de capitaux, alors qu'ils ont un rôle essentiel dans l'entreprise. Ils sont l'une de ses parties constitutives ». Dans la plupart des Etats parties OHADA, en plus du fait que les salariés ne soient pas considérés comme des partenaires, leur contrat de travail ne lie pas l'Etat actionnaire. L'entreprise elle-même fait écran entre l'Etat actionnaire et les salariés. L'AUSC et GIE en introduisant la possibilité d'offrir gratuitement des actions aux salariés existants et aux administrateurs⁽³⁷⁰⁾, rejoint la conception défendue par les deux auteurs qui écartent la notion de « cogestion » à l'allemande dans l'entreprise publique en faveur de la « cosurveillance » de l'entreprise par l'actionnaire et les salariés.

⁽³⁶⁶⁾ *Cas du Sénégal avec la hausse de 10% de la taxe sur les tabacs et alcools dans tout le pays, voir CGI et Loi n° 78-51 du 4 août 1978 et la Loi 81-52 du 9 novembre 1981 révisées par la loi 2009-19 du 9 mars 2009 JO n° 6480 du samedi 18 juillet 2009.*

⁽³⁶⁷⁾ *Loi n° 2011-18 portant statut de la zone franche industrielle du 24 juillet 2011. Voir également Code des investissements du Togo, Loi n° 89-22 portant Code des investissements du 31 octobre 1989.*

⁽³⁶⁸⁾ *Lainé BLOCH, Pour une réforme de l'entreprise, éd. Du seuil, Paris 1963, 118 p.*

⁽³⁶⁹⁾ *SUDREAU, Rapport sur la réforme de l'entreprise remis le 7 février 1975, Rev. Internationale de droit comparé, 1976, tome 4, P. 771-783. Dernière revue le 6 juin 2014.*

⁽³⁷⁰⁾ *Article 95-1 à 7 de l'AUSC et GIE révisé le 30 janvier 2014.*

L'intervention de l'Etat peut se faire aussi par des ministères. Tel est les cas de la réglementation fiscale ou de la Direction Nationale du Contrôle des Marchés Publics⁽³⁷¹⁾. Dans ce dernier cas, aucun marché ne peut être signé sans l'avis de non objection de ladite direction. Il ne s'agit pas seulement d'un contrôle de la procédure, mais aussi, d'un contrôle de la gestion des marchés de l'entreprise publique, puisqu'il appartient à cette même direction de valider le plan de passation des marchés publics élaboré par l'entreprise publique⁽³⁷²⁾.

En outre, l'intervention du Ministère public peut s'exercer par le biais du juge et par extension, par le biais des magistrats de la CCJA à travers les avis. Dans ce cas, c'est l'aptitude du juge à comprendre les domaines et les techniques de la régulation, c'est en d'autres termes, son intelligence des données économiques, qui doit gouverner la nature et la portée du contrôle qu'il sera amené à exercer sur l'entreprise publique⁽³⁷³⁾. Ainsi, le juge peut intervenir dans le contrôle de l'entreprise par l'interprétation des dispositions de l'AUSC et GIE afin que celle-ci, dans son fonctionnement ne s'écarte pas du texte et de l'esprit dudit Acte uniforme. C'est, d'ailleurs dans ce cadre que la CCJA a eu à se prononcer sur la portée abrogatoire des Actes uniformes sur le droit interne jusque-là applicable. Dans une série d'avis consultatifs et d'arrêts, la CCJA, examinant le pourvoi formé dans chaque espèce, a dégagé certaines tendances jurisprudentielles sur cette question en réalité, liée à l'effet abrogatoire des Actes uniformes⁽³⁷⁴⁾. Par ces interprétations, le juge doit pouvoir contrôler la légalité des actes posés par les dirigeants de l'entreprise publique.

L'on observe que la réglementation est une façon indirecte pour l'Etat de contrôler et de peser sur l'économie. Mais ce qui est étonnant et ce dont l'entreprise publique peut souffrir est que l'Etat, dans ce cadre précis, intervienne directement à travers ses fonctions régaliennes ou encore par le biais de certaines tâches qu'il s'est accaparé à travers la création d'entreprises publiques.

2) La déréglementation au regard de l'intervention de l'Etat

Sous l'influence des Directives de l'UEMOA et des Actes additionnels de la CEDEAO, l'Etat réglementateur mais aussi l'Etat actionnaire recule devant la mise en place de certaines mesures d'orientation. Celles-ci peuvent consister en la suppression progressive des règles, fixées par les pouvoirs publics nationaux, qui encadrent l'activité de secteurs économiques. Parmi les mesures dans l'espace OHADA qui sont entrées en vigueur et qui touchent aux activités des entreprises publiques, l'on peut citer comme exemple,

⁽³⁷¹⁾ *Loi n° 2009- 013 (TOGO), Décret N° 2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 (Burkina Faso), Décret, N° 95-401/P-PM du 10 novembre 1995 (Mali), Décret N° 2004/275 du 24 septembre 2004 (Cameroun), op. cit. p. 135.*

⁽³⁷²⁾ *ALU, voir p 135.*

⁽³⁷³⁾ *Guy CANIVET, « Propos généraux sur la régulation et les juges », Les petites affiches 23 janvier 2023, n° 17, p. 50.*

⁽³⁷⁴⁾ *Avis n° 002/99/EP du 13 octobre 1999 sur demande de la République du Mali, Cf. Recueil de jurisprudence de la CCJA numéro spécial, janvier 2003, p. 71 ; ohadata J. 02-02. Avis n° 002/2000/EP du 26 avril 2000 sur demande de la République du Sénégal, RJCCJA n° spécial, janvier 2003, p. 73 ; ohadata J. 02-04. Arrêt n°12/2002 du 18 avril 2002, Aff. Sté TOTAL FINAELF c/La Société CORACOM, Cf. RCCJA n° spécial, janvier 2003, p. 53, ohadata J. 02-65.*

l'ouverture à la concurrence des services des télécommunications⁽³⁷⁵⁾, la transparence dans les relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques⁽³⁷⁶⁾, l'interdiction des pratiques et accords anticoncurrentiels, les pratiques monopolistes ou les abus de position dominante⁽³⁷⁷⁾. Ces mesures ayant pour but de régir la vie économique dans la sous-région font fléchir les Etats parties par rapport à leur position dans certains secteurs des affaires. Ceci se comprend puisque les Etats parties ont l'obligation de transposer, avec la plus grande rigueur, ces règles communautaires dans leur législation respective.

L'on comprend finalement que l'intervention des organisations sous régionales dans les Etats membres ont un impact sur le regard que l'Etat doit porter sur l'entreprise publique, car des règles étrangères à l'Etat viennent s'appliquer sur son territoire. L'on justifie cette intervention, cette fois, des organisations sous régionales par la nécessité de rendre plus équitables les règles de jeu concurrentiel, par exemple, tant sur le plan national que sous régional. L'on s'aperçoit également donc que les fonctions normatives des pouvoirs publics nationaux sont encadrées par les normes prises dans le cadre communautaire. Finalement, c'est le cadre juridique national qui vient se greffer à un ensemble normatif d'origine communautaire destiné à régir la vie économique et des affaires des Etats parties. Autrement dit, l'entreprise publique est soumise à la fois directement aux normes nationales et indirectement aux normes internationales. C'est pourquoi il n'est pas rare qu'après les tribunaux nationaux, qu'un justiciable saisisse la cour de la CEDEAO ou la CCJA par exemple, pour demander le respect de certaines règles communautaires par un Etat. Aussi, est-il incontestable que la multiplicité des normes applicables rende l'entreprise elle-même hétérogène en rendant du coup, inapplicables ces normes. C'est pourquoi, au-delà de son rôle de réglementateur, l'Etat doit pouvoir être un régulateur, car pour reprendre les propos de Robert WANDA⁽³⁷⁸⁾, le processus d'ouverture et de l'efficacité de l'entreprise publique passe aussi par la régulation.

B. L'Etat régulateur des sociétés commerciales

La doctrine française évoque la notion de l'Etat régulateur comme une vision nouvelle de l'Etat consécutive au déclin de l'Etat-providence. A un Etat omniprésent dans la vie de l'entreprise publique aurait succédé un Etat « modeste », dont la fonction serait avant tout d'assurer la préservation des grands équilibres économiques et sociaux⁽³⁷⁹⁾. Il est donc

⁽³⁷⁵⁾ Voir Acte additionnel A/SA 3/01/07 du 19 janvier 2007 relatif au régime juridique applicable aux opérations et fournisseurs de services ; « Harmonisation du secteur des télécommunications /TIC dans l'espace CEDEAO » thème développé par Raphaël KOFFI, réunion de lancement du projet HIPSSA, 11 et 12 décembre 2008 à Addis-Abéba, Ethiopie.

⁽³⁷⁶⁾ Directive de l'UEMOA n° 01/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative ; Directive n° 1/2009/CM/UEMOA portant Code de transparence dans la gestion publique au sein de l'UEMOA, site www.uemoa.int, Rev mai 2014.

⁽³⁷⁷⁾ Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA.

⁽³⁷⁸⁾ Robert WANDA, OHADA et compétitivité, in *democratie francophone.org*, ERSUMA, 2006.

⁽³⁷⁹⁾ Jacques CHEVALLIER, L'Etat régulateur, art. In *Revue française d'administration publique*, 2004/3 (n° 111), du même auteur, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001, n° 49, pp. 825 sq ; L'Etat post-moderne, Paris, LGDJ, Coll. *Droit et Société*, 2è éd., 2004 n°35 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Droit de la régulation*, Recueil Dalloz, 2001, n°7, pp. 610 ; Charles-André, *L'Etat propulsif*, Paris Publisud, 1991.

clair que l'Etat régulateur dans notre entendement, rompt avec l'interventionnisme et le dirigisme dans l'entreprise publique qui ont été la marque de l'Etat-providence par le passé pendant les premières heures des indépendances des Etats parties au traité de l'OHADA. Par Etat régulateur des sociétés commerciales, on peut entendre en effet, un Etat voulu et accepté comme un arbitre (2) ayant des fonctions modératrices (1).

1) L'Etat modérateur

L'on devrait évoquer la notion de droits régaliens dans le cadre de l'intervention de l'Etat dans l'exercice de sa fonction de régulateur. Mais, l'adjectif régalien désigne ce qui est attaché à la souveraineté et donc du ressort exclusif de l'Etat. C'est ainsi que les fonctions qui y sont attachées rappellent la sécurité, la justice, l'économie et les finances. Parler donc d'une fonction régaliennne dans les entreprises publiques commerciales peut être exagéré ; d'autant plus que dans une société commerciale les actionnaires devaient, selon l'AUSC et GIE, être traités sur un pied d'égalité. Pourtant, dans sa fonction de modérateur, l'Etat intervient dans l'entreprise publique aussi par voix d'autorité, pour marquer sa souveraineté par la mise en place des règles encadrant l'activité de toutes les sociétés commerciales. Cette fonction sort de la gestion directe de l'entreprise publique pour s'étendre à la gestion des sociétés commerciales d'un même secteur. De cette intervention globalisante de l'Etat, l'entreprise publique se trouve, par ricochet, touchée elle aussi, dans sa gestion interne.

En effet les entreprises, publique et privée, selon leurs activités, sont soumises à un certain nombre de règles régissant leur domaine d'activités. Dans ce cadre et de façon souveraine, l'Etat met en place des institutions (autorités de régulation et de contrôle) et des règles sectorielles destinées à assurer l'équilibre du secteur. Ainsi, l'Etat intervient dans le but d'assurer toute une gamme de missions notamment la transparence et la loyauté dans la concurrence et les conditions de réalisation de leurs activités⁽³⁸⁰⁾. Dans cet esprit, l'Etat régulateur, s'inscrit dans le droit fil de la vision d'un Etat préposé au maintien de la cohésion juridique instituée par le Traité OHADA. Dans ce rôle, l'Etat devient un gendarme qui doit intervenir pour créer, puis faire respecter les conditions d'une concurrence pure et parfaite⁽³⁸¹⁾ avec plein pouvoir à agir pour le maintien de l'ordre voulu par le droit communautaire que par le droit national.

De même, l'intervention de l'Etat dans l'entreprise publique commerciale par la régulation peut être perçue comme un moyen d'action aux mains de l'Etat mis au service de la réalisation de politique de l'intérêt général et tendant à encadrer l'action de l'entreprise publique. Dans son rôle de modérateur et de régulateur, l'Etat fixe des directives qu'il faut suivre en donnant à ces directives une force obligatoire aux yeux des acteurs économiques que sont également les entreprises publiques. Par cette intervention comme régulateur, l'Etat se voit reconnaître, un ensemble de prérogatives qui n'entrent pas dans les prescriptions de l'AUSC et GIE.

⁽³⁸⁰⁾ Antoine JEAMMAUD, *La transformation de la régulation juridique*, LGDJ, coll. *Droit des sociétés*, 1998, p. 54.

⁽³⁸¹⁾ *Sens contraire voir Adam SMITH, Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1776, Vie publique.fr Dir. Info. Légale et admn. 2013.*

2) L'Etat arbitre

L'Etat intervient comme arbitre dans l'organisation des activités commerciales d'une catégorie d'entreprises par le biais des institutions de régulation indépendantes mises en place par ses soins.

Ces Autorités sont investies d'une compétence contentieuse pour régler les différends entre sociétés commerciales. Par exemple, pour ce qui concerne les télécommunications, l'autorité de régulation ou de réglementation, selon l'appellation consacrée par les Etats parties, est compétente pour connaître des conflits relatifs au refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communication électronique⁽³⁸²⁾. L'autorité de régulation se prononce après avoir mis les parties en mesure de présenter leurs observations. Après un débat contradictoire, elle prend une décision motivée dans laquelle elle précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès spécial doivent être assurés. Il faut noter que cette compétence arbitrale n'enlève rien à la compétence du juge judiciaire ou à celle de la CCJA qui peut être saisi des mêmes différends. En tout état de cause, il n'est pas superflu que l'on dise qu'il existe un lien intrinsèque entre les autorités indépendantes de régulation et Etat dont, d'ailleurs, elles sont issues.

Il faut noter que le rôle des autorités de régulation ne s'arrête pas au seul arbitrage. Elles sont investies des pouvoirs de sanctionner les entreprises publiques et privées, pour les manquements aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour assurer leur mise en œuvre. Prises dans le cadre de l'AUSC et GIE, les sanctions peuvent varier d'un Etat partie à un autre ; ce qui peut être une source d'insécurité juridique tant décriée par les acteurs du droit OHADA.

L'intervention de l'Etat comme régulateur renvoie, sinon, est proche de l'idée d'un contrôle en continu que l'Etat exerce sur l'entreprise publique⁽³⁸³⁾. Dès lors, l'on se pose la question que certains auteurs s'étaient déjà posés⁽³⁸⁴⁾, de savoir si l'accroissement qualitatif et quantitatif du champ d'intervention de l'Etat moderne dans l'économie doit-elle se traduire par une modification de son statut juridique, de façon à lui rendre plus redevable de ses actes face à l'entreprise publique et au tiers devenus plutôt des partenaires ? Le paragraphe suivant permettra de discuter cette question.

⁽³⁸²⁾ v. Togo, Loi n° 2013-003 du 19 février 2013 sur les communications électroniques modifiant celle du 17 décembre 2012.

⁽³⁸³⁾ Laurent COHEN-TANUGI, « Une doctrine pour la régulation » : *Le Débat*, n° 52, novembre décembre 1988, p. 56. L. BOY, « Réflexion sur le droit de la régulation » : *D.* 2001, p. 3031. Martine LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation » : *RJEP/CEJEG* n° 619, avril 2005, p. 127.

⁽³⁸⁴⁾ Gérard de POUVOURILLE, Claude CHAMPAUD, Gérard FARJAT et Alexis JACQUEMIN, « La responsabilité juridique de l'Etat en matière d'interventions économiques et financières », *In Politiques et management public*, Vol. 1, n° 3, 1983, Pp. 99-134.

Pag. II. L'Etat redevable de ses actes et lois face à l'entreprise publique et aux tiers

Il revient de chercher à savoir d'une part, si l'intérêt des administrations publiques porteuses des actions étatiques doit être sacrifié et d'autre part, si l'intervention de l'Etat en tant que puissance publique dans l'entreprise publique doit se traduire par une équivalence en termes de responsabilité à l'égard de cette personne publique de droit privé ? Telles sont les questions auxquelles l'on se propose de débattre dans le présent paragraphe en analysant la finalité des actes de l'Etat dans l'entreprise publique (A) et la contrepartie de ses actes et lois en termes de responsabilité juridique (B).

A. La finalité des actes de l'Etat dans l'entreprise publique non commerciale

L'une des finalités de l'intervention de l'Etat dans l'entreprise publique est la protection de l'intérêt général. Les autres finalités peuvent être de responsabiliser tous les acteurs de la direction et les sujets de cette intervention⁽³⁸⁵⁾. En effet, la protection des intérêts de l'Etat part d'abord de l'Etat lui-même qui a pour devoir l'application de la réglementation (exigence de la transparence ou de la clarté des règles ou de comportement), ensuite de l'entreprise publique qui va mettre en place son autocontrôle (bon fonctionnement et efficacité).

L'intervention de l'autorité publique dans le contrôle de l'entreprise publique s'explique également par la soif de celle-ci d'avoir une mainmise sur l'entreprise. Aussi, la finalité du contrôle de l'entreprise publique a, selon J.-M PEYRICAL, un caractère « ambivalent »⁽³⁸⁶⁾ : l'un pour la protection de l'intérêt général et l'autre plus interne, l'intérêt social qui tient à l'efficacité productive de l'entreprise publique. Il est vrai que les deux caractères sont liés, avec cette évidence que le premier ne repose que sur le second. L'Etat, puissance publique dans son élan dominateur, va toujours chercher à concilier les deux en justifiant ses actions par le fait que l'intérêt de l'entreprise publique finira en fin de compte, à satisfaire l'intérêt général. Par ailleurs, la prise en compte de l'intérêt de l'Etat actionnaire dans les contrôles de l'entreprise publique à laquelle se rattache de multiples intérêts tels, ceux des tiers, paraît être une explication pragmatique à l'audace dont peut faire l'Etat lorsqu'il s'agit de pérenniser son intérêt. Aussi, l'Etat conforté par le législateur africain, n'hésitera-t-il pas à remettre en cause certains principes du droit des sociétés privées lorsqu'il s'agit d'assurer la survie de ses intérêts. D'ailleurs, dans une entreprise publique, il ne semble pas opportun de distinguer l'intérêt de l'actionnaire de celui de l'entreprise publique. Il faudrait prendre en compte l'intérêt général, car ce dernier couvre à la fois l'intérêt social et l'intérêt de l'Etat actionnaire dont l'Etat pouvoir est le seul garant. C'est ce souci de satisfaire l'intérêt général qui transparaît dans le contrôle effectué par les organes de l'Etat et qui montre qu'il ne s'agit plus seulement pour l'Etat actionnaire, dont la volonté ne joue dans bien des cas qu'un rôle réduit de protéger ses intérêts, mais surtout de sécuriser les tiers,

⁽³⁸⁵⁾ P. BERNARD, *Autorité et responsabilité*, la Revue administrative, 2011, p. 542.

⁽³⁸⁶⁾ J.-M. PEYRICAL, « L'avis du Conseil d'Etat du 18 novembre 1993 relatif aux personnels de France Télécom : contradiction jurisprudentielle ou renouveau du droit public ? », les petites affiches, 9 décembre 1994, n° 147, p. 13.

l'économie et donc l'entière entreprise publique⁽³⁸⁷⁾. A cet effet, dans la gestion de l'entreprise publique, l'intérêt social se confond avec l'intérêt général.

En définitive, l'on observe que la finalité de l'intervention de l'Etat dans l'entreprise publique est de contribuer à la fiabilité de l'information financière et juridique et donc, de concourir à la sécurité de la vie économique, tant pour les besoins de gestion et d'analyse interne à l'entreprise publique que pour les besoins de l'ensemble des partenaires et de l'Etat actionnaire lui-même. Par son intervention par des contrôles, l'Etat veille au bon fonctionnement de l'entreprise. En ce sens, le contrôle lui permet de prendre des mesures qui s'imposent en cas de dysfonctionnement des organes de l'entreprise afin de prévenir tout risque et protéger ses intérêts et ceux des tiers.

La gestion de l'entreprise publique suppose une forte présence de l'autorité. Cette présence est motivée par la mission d'intérêt général qui inclut l'intérêt social et l'intérêt privé de l'Etat en tant qu'actionnaire et par sa volonté d'exercer un contrôle permanent sur l'entreprise publique. Il est remarquable que la poursuite par l'actionnaire de l'intérêt social et de l'intérêt privé de l'actionnaire d'une part et la volonté d'avoir la main mise sur l'entreprise publique ne sont pas de nature à faciliter l'acceptation par l'Etat des règles privées du droit OHADA. Et pour cause : alors que le secteur appartenant aux personnes physiques seules remplit ses rôles économique et social en mettant l'accent sur la maximalisation des bénéfices pour ses actionnaires, l'Etat quant à lui, doit conjuguer son éventuel objectif de rentabilité avec les objectifs sociaux pour légitimer son existence dans l'entreprise publique. Ceci l'amène dans la gestion de l'entreprise publique, à prendre des mesures qui sortent de la logique des règles du droit des sociétés OHADA. Ces mesures pourtant admises en droit administratif, rendent ambiguë l'existence même de l'entreprise publique commerciale. Or le droit administratif et le droit des sociétés procèdent d'un esprit différent : la poursuite de l'intérêt général et l'inégalité fondamentale entre les personnes publiques et les personnes privées pour le premier, l'égalité des sujets de droit et l'autonomie de la volonté pour le second. Ce dualisme presque antagoniste demeure très fort dans les entreprises, puisque l'Etat y intervient sous des formes multiples, soit par les organes sociaux de l'entreprise publique elle-même ou soit par des organes spécialisés, telle l'inspection des finances⁽³⁸⁸⁾. Le droit des sociétés OHADA, a bien sûr tranché en soumettant l'entreprise publique aux règles du droit commercial, mais il persiste dans la pratique, des poches dues à l'Etat actionnaire qui est réticent à se dépouiller de ses prérogatives de puissance publique. Dans cette optique, rendre les pouvoirs publics plus redevables de leurs actions, ne serait pas nier l'existence d'un intérêt supérieur aux intérêts particuliers de l'entreprise publique.

⁽³⁸⁷⁾ V. J. de BANDT, « la politique industrielle : réponse de l'Etat-nation à la crise ? », *Rev. d'Economie Industrielle*, n° 23, p. 36-56, 1983 ; Collectif, *Relations entre Etat et entreprises privées dans la CEE : information et contrôle*, Masson, Paris, 206 p. 1779.

⁽³⁸⁸⁾ L. CARTELIER, « Intervention économique et responsabilité juridique de l'Etat : un point de vue d'économiste, publication du groupe de recherche sur l'Etat et les politiques économiques, Univ. de Nice, *In Recherches économiques*, Louvain-la-Neuve, 1932, pp. 10 et s.

B. La responsabilité de l'Etat pouvoir : une responsabilité imparfaite

Par rapport à l'entreprise publique, la responsabilité de l'Etat législateur n'aurait que peu d'occasions d'être engagée (1), mais aussi devrait-elle l'être dans les termes du droit des sociétés (2).

1) L'Etat législateur irresponsable

Dans les limites du respect de la loi fondamentale des Etats parties qu'est la constitution, la position de principe en matière de droit public est que l'Etat législateur se place de droit dans une situation d'irresponsabilité⁽³⁸⁹⁾. Dans cette optique G. FARJAT souligne que l'Etat législateur est en principe irresponsable juridiquement et que cela paraît hors discussion⁽³⁹⁰⁾. D'une façon plus approfondie peut-être, M. G. MORANGE observait en 1962 que le fondement de l'irresponsabilité résidait « dans la mission même de la loi qui est de réaliser d'incessants arbitrages entre groupes d'intérêts opposés... Admettre l'indemnisation de ceux qui ont été sacrifiés ce serait bien souvent remettre en cause l'arbitrage lui-même et introduire l'anarchie dans l'Etat en le paralysant »⁽³⁹¹⁾. Il est ainsi admis que l'Etat puisse avoir un comportement volontairement discriminatoire, au nom de l'intérêt général, provoquant une rupture de l'égalité de traitement entre l'entreprise publique et les sociétés privées. Dans ce cas, les préjudices éventuellement subis ne seront pas indemnisés⁽³⁹²⁾. L'on conçoit alors que cette doctrine soit un obstacle majeur à la recevabilité d'actions en justice contre l'Etat. Pour le faire, il faudra que la victime fasse la preuve que le préjudice subi ne la concerne pas seulement, mais qu'il met en cause les objectifs d'intérêt général visés par l'action économique considérée. Dans ces conditions, l'on observe que les seuls cas de mise en cause de la puissance publique se résument aux irrégularités éventuelles dans l'application de textes réglementaires, dans le non-respect d'engagements contractuels réciproques ou dans l'action frauduleuse d'un agent de l'Etat. Un exemple permettra d'illustrer nos propos. Une société concurrente peut revendiquer qu'une action favorisant une entreprise publique sur un marché donné peut fausser la compétition existante et partant, demander la réparation du dommage qu'elle aurait subi. A cet exemple, il faut ajouter les situations où la nature des interventions de l'Etat peut être considérée comme quasi-délictuelle, au point d'aller jusqu'à mettre en cause la responsabilité personnelle des fonctionnaires mandatés pour intervenir dans les affaires économiques. Cette situation rejoint celle de la responsabilité des administrateurs de l'entreprise publique dans leur fonction d'administrateur et l'on pourra dire que la traduction doctrinale de cette situation en matière d'intervention économique peut se comprendre comme la notion de responsabilité sans faute. Cependant

⁽³⁸⁹⁾ H. DESTERBECQ-FOBELETS, « Le contrôle externe de l'octroi des aides étatiques aux entreprises privées en Belgique », *Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, n°4, pp. 177-301, Bruxelles, 1979.

⁽³⁹⁰⁾ G. FARJAT, *Réflexion sur la disparition de l'Etat à raison de ses interventions économiques (Une approche du droit économique)*, In *Politiques et management public*, vol. 1, n° 3, 1983, pp. 99-134.

⁽³⁹¹⁾ G. MORANGE, *L'irresponsabilité de l'Etat législateur*, Dalloz, 1962, 1-163.

⁽³⁹²⁾ H. DESTERBECQ-FOBELETS, « La responsabilité des organismes et pouvoirs publics dispensateurs de crédit », *Jurisprudence de Belgique*, n° 2, P. 86-109, 1982.

depuis l'affaire LA FLEURETTE⁽³⁹³⁾ l'on sait que la responsabilité de la puissance publique peut être directement engagée, du fait des lois que celle-ci a votées.

2) La responsabilité de l'Etat du fait des lois

L'analyse de la responsabilité de l'Etat du fait des lois sera faite par rapport aux obligations de l'Etat, puissance, d'assurer le respect des dispositions de l'AUSC et GIE considéré comme une convention internationale.

Après la reconnaissance par le juge administratif français de la responsabilité de l'Etat du fait des actes réglementaires pris pour l'application de lois contraires à des engagements internationaux⁽³⁹⁴⁾ et celle des actes individuels faisant application de telles lois⁽³⁹⁵⁾, le CE a consacré le principe selon lequel l'Etat se devait de réparer les préjudices causés directement par la loi, c'est-à-dire sans que la non conventionalité de la loi ne soit « transmise » ou rattachée par voie d'exception à un acte administratif. Ainsi, par exemple, la justice peut-elle condamner l'Etat à verser à un tiers une somme correspondant à un préjudice subi du fait de l'adoption d'une loi nationale de validation des avais relatifs aux engagements pris par des tiers sans l'autorisation du conseil d'administration, alors que cette loi de validation étant contraire aux stipulations de l'article 449 de l'AUSC et GIE aurait dû être écartée d'un éventuel litige si le tiers en avait excipé l'illégalité. En d'autres termes, il s'agit de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat du fait de la contrariété d'une éventuelle loi interne sur les sociétés à une disposition de l'Acte uniforme, sur le terrain de la responsabilité pour faute. Nul n'est alors besoin de prouver un préjudice anormal et spécial, tout préjudice étant susceptible d'être réparé ou indemnisé du fait de la contrariété de la loi nationale. Cette opinion, tirée de l'arrêt GARDEDIEU⁽³⁹⁶⁾ a le mérite d'être une révélation jurisprudentielle concernant l'obligation pour l'Etat de respecter les engagements internationaux. Tout compte fait, la responsabilité de l'Etat peut désormais être engagée du fait du préjudice causé directement par une loi contraire à des engagements internationaux⁽³⁹⁷⁾.

L'on remarquera dans ce cas d'école que le fondement qui sera retenu expressément par toute juridiction compétente ne sera pas la faute, mais les obligations de l'Etat d'assurer le respect des dispositions de l'AUSC et GIE par les autorités publiques. L'on sait par la jurisprudence française que le juge administratif refuse traditionnellement d'engager la responsabilité pour faute du législateur, pour rechercher l'origine du préjudice subi par un requérant, non pas dans la loi elle-même, mais dans la faute de l'Administration

⁽³⁹³⁾ *Affaire la Fleurette du nom de la SA des produits laitiers*. CE, 14 janvier 1938, *Rec. Lebon*, p. 25 ; S. 1938.3.25, *Conclusion ROUJOU*, note P. LAROQUE ; D. 1938. 3. 41, *Concl. ROUJOU*, note ROLLANT, *RD publi.* 1938.87, *Conclusion ROUJOU*, note GEZE.

⁽³⁹⁴⁾ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco, Products*, *Req. N° 87753* : P. 81.

⁽³⁹⁵⁾ CE, Ass., 30 octobre 1996, *Société Jacques Dangeville*, *rec. N° 141043* : *Rec.*

⁽³⁹⁶⁾ L'arrêt CE, Ass., 8 février 2007, GARDEDIEU, n° 279522.

⁽³⁹⁷⁾ François GILBERT, *Le « conseil d'Etat consacre la responsabilité de l'Etat du fait des lois contraires aux engagements internationaux »*, *blog du droit administratif*, 9 février 2007, p.1, égal. Jean SIRINELLI, « *Responsabilité pour faute du fait des lois ?* », *com. Sous l'arrêt CE Ass., 8 février 2007, GARDEDIEU*, n° 279522.

appliquant celle-ci⁽³⁹⁸⁾. Ainsi, admettait-il la seule responsabilité sans faute du législateur, en vertu de l'arrêt *La Fleurette*⁽³⁹⁹⁾ laquelle, l'on le constate, était doublement conditionnée à l'absence de volonté du législateur d'exclure toute indemnisation et à l'existence d'un préjudice grave et spécial.

En définitive, l'on constate que l'extension du champ d'intervention de l'Etat dans l'entreprise publique implique, tout naturellement, l'extension équivalente de sa responsabilité à l'égard des tiers et de l'entreprise publique elle-même. Aussi, faut-il dire que l'entreprise publique est soumise, dans l'économie de marché, aux aléas juridiques provenant de la diversité des origines des droits. Tantôt, chaque Etat partie secrète son droit, tantôt, c'est la communauté, en plus de l'AUSC et GIE, qui intervient pour orienter les entreprises privées et publiques dans l'espace OHADA. Cette situation place parfois, l'Etat puissance publique dans une position dominante. En revanche et à l'autre extrémité des situations d'intervention, lorsque l'Etat est actionnaire comme dans sa situation dans l'entreprise publique, l'on concevrait que sa situation soit identique à celle des autres actionnaires privés.

Au demeurant, le principe de la responsabilité de l'Etat du fait de ses lois met fin à ce que la doctrine française appellerait un « byzantinisme » et à une « pruderie » inutiles⁽⁴⁰⁰⁾ et renforce l'effectivité de l'obligation de l'entreprise publique d'appliquer les dispositions de l'AUSC et GIE.

A tous les égards, l'on s'aperçoit que l'entreprise publique commerciale n'est plus une entité isolée sous la protection de l'Etat qui peut mettre en œuvre ses pouvoirs exorbitants dans le fonctionnement de celle-ci. La soumission voulue de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE empêche la puissance publique de se l'approprier, en droit, de façon absolue. Finalement, si l'Etat intervient dans l'entreprise publique par des contrôles, il est clair que c'est dans le but de sauvegarder à la fois l'intérêt général et ses intérêts.

⁽³⁹⁸⁾ CE, Ass., 28 février 1992, *op. cit.*

⁽³⁹⁹⁾ *Affaires La fleurette*, *op. cit.* p 156.

⁽⁴⁰⁰⁾ Camille BROYELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, 2003 ; François GILBERT, *op. cit.*

CHAPITRE II : L'INTERFERENCE DES REGLES DE DROIT INTERNE DANS LA GESTION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE

Presqu'absent dans les Actes Uniformes de l'OHADA, l'ordre juridique national se trouve confrontée aux exigences de ces Actes uniformes dans la conduite des affaires au sein de l'entreprise publique. La lettre et l'esprit des Actes uniformes révèlent que l'application des règles de droit interne à l'entreprise publique n'est possible que sur autorisation expresse desdits Actes uniformes. La preuve en est que ces Actes uniformes ne font allusion aux droits nationaux que de façon lapidaire. Alors que la présence de l'Etat dans une activité présume l'application des règles à connotation souverainiste ou nationale. Autrement dit, au travers de la question des rapports entre le droit OHADA et les droits internes, se profilent des interrogations sur la souveraineté des Etats. Il n'était donc pas surprenant que le problème de la souveraineté se soit posé avec un relief tout à fait particulier au regard du contentieux que l'application des Actes uniformes a fait naître dans certains Etats parties et des débats doctrinaux nationaux, parfois passionnés qu'elle a suscité⁽⁴⁰¹⁾. Pourtant, l'application pure et simple de l'AUSC et GIE suppose l'abandon des règles de droit interne. Cet abandon permettrait, sans nul doute, de mettre sur un pied d'égalité les entreprises publiques et les sociétés privées. Sur ce fait évidemment, ce « droit imposé, venu d'en haut ... » ou ce « droit importé, venu d'ailleurs »⁽⁴⁰²⁾ qu'est l'AUSC et GIE est susceptible d'entrer en conflit avec les règles de droit interne des Etats parties. Pour pallier à ces conflits, le législateur africain a introduit des dispositions dans l'AUSC et GIE pouvant permettre aux règles de droit interne de s'appliquer à certains égards à l'entreprise publique. L'on assiste alors à une interférence des règles de droit voulue par l'AUSC et GIE dans la gestion de l'entreprise publique (Section I) mais, à certains égards, imposée par les procédures administratives (Section II).

Section I : L'interférence du droit interne voulue par l'AUSC et GIE

Les règles du droit OHADA sont pour la plupart d'ordre public. Ainsi en est-il des dispositions de l'AUSC et GIE⁽⁴⁰³⁾. Il n'est dès lors pas possible de prévoir dans les textes nationaux des règles contraires ; ce qui n'autorise donc pas l'Etat actionnaire, malgré son privilège naturel sur le plan national, à y déroger. Comment donc faire pour assurer l'effectivité des règles de l'AUSC et GIE dans l'entreprise publique, quand l'on sait par exemple, qu'en matière d'organisation de la structure de l'entreprise publique, personne ne peut faire « plier » l'Etat à nommer les personnes indépendantes pour assurer les fonctions de l'assemblée générale en lieu et place du conseil de surveillance. De même, l'on est conscient qu'en matière de voies d'exécution il est « inconcevable » que les parties puissent attirer l'Etat actionnaire devant les tribunaux. Il en est de même également de la difficulté à rendre effectives les règles prévues à la capacité des créanciers à engager par exemple, une procédure de redressement judiciaire ou de

⁽⁴⁰¹⁾ Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA, Presses Universitaires d'Afrique*, 2008, pp. 61 et s.

⁽⁴⁰²⁾ P. BOUREL, *A propos de l'OHADA, libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Recueil Dalloz, 2007, n° 14, p. 969 et s.

⁽⁴⁰³⁾ V. Article 2 de l'AUSC et GIE.

liquidation des biens contre une entreprise publique. L'on a donc l'impression que les dispositions de l'AUSC et GIE sont partielles (Pag. I) et qu'il conviendrait de procéder à des aménagements afin de rendre effective l'application de l'Acte AUSC et GIE à l'entreprise publique (Pag. II)

Pag. I. La partialité des dispositions de l'AUSC et GIE

Selon les auteurs comme Mamadou KONE, l'empreinte des textes nationaux persiste dans les entreprises publiques malgré le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme. L'on s'aperçoit, en effet, donc que l'entreprise publique n'est jamais une institution dont le mécanisme est entièrement réglementé par l'AUSC et GIE⁽⁴⁰⁴⁾. Le rôle de L'Acte uniforme consiste donc tout simplement à fixer des garde-fous dont le but serait d'arbitrer des éventuels conflits qui pourront naître dans la gestion des intérêts antagonistes de l'entreprise publique et des tiers. Ceci implique que l'avis contraire traduirait une atteinte intolérable à la liberté des conventions et aux pouvoirs régaliens des Etats parties qui, eux aussi, ont le droit de compléter, dans une certaine mesure, les dispositions de l'Acte uniforme par des lois nationales. Conscient de cette réalité, le législateur africain offre la possibilité d'appliquer le droit interne en procédant d'une part à des renvois à ce droit (A) et d'autre part au recours à des règles d'interprétation générale (B).

A. Les renvois exprès de l'AUSC et GIE au droit interne

L'AUSC et GIE, à travers certaines de ses dispositions autorise l'application des textes nationaux aux sociétés commerciales.

Cette possibilité peut être perçue comme une brèche ouverte, pour ce qui concerne le fonctionnement de l'entreprise publique qui présente certaines particularités du fait de l'Etat actionnaire qui est une personne morale de droit public soumise, à cet effet, au droit administratif qui ne peut être que national. A travers cette ouverture, l'AUSC et GIE laisse le choix à l'entreprise publique, d'appliquer le droit interne (1), mais sous son contrôle (2).

1) Une possibilité de choix laissée à l'entreprise publique

Dès l'entrée en vigueur de l'AUSC et GIE le 1^{er} janvier 1998, il est clair que la société commerciale avait le choix d'appliquer, au cours d'une période transitoire, soit les dispositions de l'Acte Uniforme soit celles de la loi nationale⁽⁴⁰⁵⁾. Cela sous-entend que dès son entrée en vigueur, l'Acte Uniforme s'applique immédiatement concomitamment avec les droits nationaux, aux sociétés commerciales. Tel était d'ailleurs la position de la Cour de Cassation de N'Djamena et de la CCJA qui ont jugé que l'Acte Uniforme s'applique même aux affaires pendantes⁽⁴⁰⁶⁾.

⁽⁴⁰⁴⁾ Mamadou KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français*, LGDJ, 2003, n° 323, p. 204.

⁽⁴⁰⁵⁾ Article 919, al. 1^{er} de l'AUSC et GIE. Il a accordé un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de cet Acte uniforme aux sociétés commerciales de procéder à la mise en harmonie de leurs statuts.

⁽⁴⁰⁶⁾ N'Djamena, 1^{ère} ch. Civ. et Com., arrêt n° 459/2000 du 29 septembre 2000 ; CCJA n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, points 1, 2, 3, 4a, 4b, et 4c : [ohada.com/ohadata J-02-04](http://ohada.com/ohadata/J-02-04).

La question se pose pourtant de savoir si l'on peut, au sein d'une même entreprise, appliquer selon les circonstances, la loi nationale et/ou les dispositions de l'Acte Uniforme. A ce sujet la doctrine africaine affirme qu'un recours en cassation par exemple, peut fort bien comprendre plusieurs moyens dont un ou plusieurs s'appuient sur le droit interne et un ou plusieurs autres sur le droit harmonisé. Les deux droits trouveront certainement à s'appliquer. Cela voudrait donc dire que comme le souligne D. ABARCHI, le Traité OHADA n'interdit pas aux législateurs « nationaux de légiférer en matière de droit des affaires, il s'oppose seulement à la contrariété entre les normes de droit interne et celles du droit communautaire qui restent prépondérantes en cas de conflit »⁽⁴⁰⁷⁾.

En tout état de cause, il semble évident que cette période transitoire accordée aux sociétés par l'alinéa 1^{er} de l'article 919 de l'AUSC et GIE est venu mettre à mal la mise en œuvre de l'article 10 du Traité OHADA qui dispose que « les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure ». Heureusement que l'alinéa 2 du même article atténue l'absolutisme de l'alinéa précédent. Il accorde, cette fois aux Etats parties et non à l'entreprise publique commerciale, un délai de grâce de deux ans pour maintenir leur législation nationale applicable pour la forme de l'établissement des statuts des sociétés commerciales. Il est incontestable que c'est sur ce délai de grâce que la Cour d'Appel de Cotonou s'est basée pour fonder son raisonnement ayant abouti à la décision selon laquelle conformément à l'article 919, l'application de l'Acte Uniforme peut être différée de deux ans dès son entrée en vigueur⁽⁴⁰⁸⁾. Pourtant, se fondant sur l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, et avec un peu de recul, l'on s'aperçoit que cette période de grâce ne joue que pour les sociétés n'ayant pas mis en harmonie leurs statuts avec les dispositions de l'AUSC et GIE et dont les clauses statutaires ne sont pas contraires à l'Acte uniforme.

En outre, l'article 2 de l'AUSC et GIE qui pose le principe d'ordre public des dispositions de cet Acte uniforme admet que le droit interne ou tout autre droit puisse être appliqué sous condition d'une autorisation préalable. De même, en introduisant les bureaux de représentation, l'AUSC et GIE révisé admet que ceux-ci soient soumis au droit de l'Etat partie dans lequel ils sont situés. En admettant cette possibilité, le législateur africain consacre l'application des droits nationaux aux sociétés commerciales dans l'espace OHADA⁽⁴⁰⁹⁾. Ces dispositions que l'on peut considérer comme tolérantes, sont prises sans nul doute, par le législateur africain en vue de permettre aux Etats parties et aux actionnaires d'adapter leurs règles de droit au nouveau droit qu'est le droit de l'OHADA. Mais, les dispositions qui autorisent l'application des lois nationales doivent

⁽⁴⁰⁷⁾ D. ABARCHI cité par Joseph FOMETEU, *le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation, in les mutations juridiques dans le système OHADA* ; D. ABRACHI, *La supranationalité de l'ohada. OHADATA*, D. 02-02.

⁽⁴⁰⁸⁾ CA Cotonou, arrêt n° 174/99 du 30 septembre 1999, *Aff. Sté Jos Hansen et Soehne, Sté Match Trading Limited c/ M. François DOSSOU* : Juriscope. Org.

⁽⁴⁰⁹⁾ V. article 120-3 de l'AUSC et GIE. Il en est de même pour l'article 311 pour ce qui concerne la SARL, « sauf dispositions nationales contraires, le capital social doit être de un million (1 000 000) F CFA au moins ».

être appliquées sous la surveillance des praticiens du droit OHADA afin d'éviter des dérives.

2) Un choix contrôlé

Il est important de préciser que le droit uniforme ne se substitue aux droits nationaux que pour les dispositions de droit national ayant le même objet⁽⁴¹⁰⁾. *A contrario*, les dispositions de droit interne ayant un objet différent trouveront à s'appliquer. Ainsi le droit pénal ou le droit administratif aura à s'appliquer à l'entreprise publique dans le cas par exemple, où ses dirigeants auront commis un acte criminel et un acte jugé comme voie de fait, puisque de telles incriminations ne sont pas prévues par l'AUSC et GIE. Ce qui conduit d'ailleurs à affirmer que le droit communautaire s'insère dans le droit commun des Etats Parties⁽⁴¹¹⁾ auquel « le législateur OHADA renvoie de manière implicite ou explicite »⁽⁴¹²⁾. Et à ce sujet l'article 5, alinéa 2 du Traité de l'OHADA est clair⁽⁴¹³⁾. Il précise que les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale ; mais que les Etats parties par leur engagement, peuvent déterminer les sanctions encourues. Il est donc clair que l'objet du droit applicable constitue un élément déterminant dans le choix du droit national ou communautaire applicable. C'est pourquoi, il est impératif que si le droit interne des sociétés commerciales des Etats parties et l'AUSC et GIE ont le même objet, que le premier s'incruste dans le second et qu'il disparaisse pour ne pas déteindre le droit communautaire.

Quoi qu'il en soit, la période de grâce ou de « fidélité à l'ordre juridique ancien » et l'ouverture accordée à l'entreprise publique commerciale peuvent être vues comme une aubaine exclusive de l'Etat l'actionnaire pour faire appliquer le droit administratif ou soumettre l'entreprise publique aux organes de contrôle étatiques par exemple. Mais l'Etat actionnaire doit se garder de tout triomphalisme, car l'AUSC et GIE veille ; aucune disposition d'une loi nationale ne doit être contraire aux dispositions de l'AUSC et GIE. Le contrôle de la compatibilité des lois nationales avec les dispositions de l'AUSC et GIE peut être assuré par les dirigeants sociaux eux-mêmes et encadré par des statuts de l'entreprise publique.

L'on voit qu'à une époque donnée de la vie juridique des affaires des Etats parties à l'OHADA, l'on a assisté et l'on vit encore un dualisme textuel encadré par les dispositions des Actes uniformes. Ce dualisme n'est pas sans conséquence en cas de

⁽⁴¹⁰⁾ Selon l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, les sociétés commerciales et les GIE demeurent soumis aux lois nationales de l'Etat Partie où se situe le siège de ces sociétés pourvu que ces lois nationales ne soient pas contraires à cet acte.

⁽⁴¹¹⁾ Cf. CCJA, Avis n° 001/01/EP du 30 avril 2001, Rev. Camerounaise du droit des Affaires, n° 10, p. 121. Selon cet avis, l'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité concerne « toute disposition d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne présent et avenir ayant le même objet que les dispositions des Actes uniforme et étant contraires à celles-ci, ou les dispositions identiques à celles des Actes uniformes ».

⁽⁴¹²⁾ Joseph FOMETEU, *Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation, in les mutations juridiques dans le système OHADA.*

⁽⁴¹³⁾ B. DIALLO, *Réflexion sur le pouvoir d'évocation de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans le cadre de l'OHADA*, Penant n° 858/2007, p. 40.

litige, du moins dans la gestion de l'entreprise publique où l'Etat personne morale de droit public est l'acteur principal. Ce dualisme peut, selon R. CHAPUS, entraîner la coexistence de deux ordres juridictionnels, l'un administratif et l'autre judiciaire dont la conciliation n'est pas aussi pacifique⁽⁴¹⁴⁾ avec comme conséquence le recours aux règles d'interprétation générale.

B. Le recours aux règles d'interprétation générale

L'AUSC et GIE intègre le droit interne avec une primauté sur celui-ci. Il faudrait donc, réaliser une osmose entre les deux ordres juridiques pour assurer une interprétation cohérente. Une nécessaire mise en conformité du droit interne des Etats parties avec l'AUSC et GIE⁽⁴¹⁵⁾ est facilitée par le fait que celui-ci se réfère dans ses renvois aux textes généraux du droit interne (1) quand bien même que ceux-ci ne soient pas harmonisés ou uniformisés en ce qui concerne leur application à l'entreprise publique (2).

1) La référence aux textes généraux

Le renvoi par le législateur OHADA au droit interne en employant les termes génériques laissant ainsi le soin aux Etats parties d'apporter les précisions techniques par rapport à leur droit peut être une source d'interprétations subjectives et donc de conflits. Tel est le cas à chaque fois que l'Acte uniforme parle de juridiction ou de l'autorité compétente dans l'Etat partie⁽⁴¹⁶⁾. Ce sera également le cas lorsque les dispositions de l'Acte uniforme sont partielles, leur application étant subordonnée à des dispositions à prendre par le législateur national. Ces cas plus nombreux dans les autres Actes uniformes que celui relatif aux sociétés commerciales et GIE, sont par exemple la quotité cessible ou saisissable des salaires, l'incapacité des mineurs ou de certains majeurs de faire le commerce, les incompatibilités ou les interdictions de faire le commerce, l'immatriculation des immeubles en vue de leur saisie immobilière ou d'une constitution d'hypothèque.

En effet, le constat fait à propos de la référence aux textes généraux est que cette méthode vise essentiellement à assurer le « complètement » des dispositions du droit des sociétés commerciales OHADA. Ainsi, le recours par les rédacteurs de l'AUSC et GIE aux termes généraux, laisse le soin au législateur national de compléter le droit matériel OHADA⁽⁴¹⁷⁾

⁽⁴¹⁴⁾ R. CHAPUS, *op. cit.* p. 766 – 769 ; n° 979 et s.

⁽⁴¹⁵⁾ J. ISSA-SAYEGH, *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des Etats parties avec les Actes uniformes OHADA et réciproquement*, www.ohada.com, ohadata D-04-12. Dans le même sens, F. ANOUKAHA, *l'OHADA en marche*, p. 19 et s.

⁽⁴¹⁶⁾ Pour ce qui est de l'organisation judiciaire, le Cameroun par exemple, a procédé en décembre 2006 et avril 2007 à sa modification en prenant en compte certaines contraintes liées à l'application du droit OHADA. Voir dans ce sens, Loi n° 2006/013 du 29 décembre et la Loi n° 2007/001 du 19 avril 2007. Il faut dire que cette loi reste confuse pour ce qui est de la solution trouvée par le législateur camerounais à la question de juge compétent en matière de difficulté d'exécution d'un titre exécutoire. Voir, F. ANOUKAHA, *commentaire de la loi du 29 décembre 2006*, *Juridis Périodique* n° 68, oct.-nov.-déc. 2006, pp. 45 et s. ; *commentaire de la loi du 19 avril 2007*, *Juris-Périodique* n°70 avril-mai-juin 2007, Pp. 33 et s.

⁽⁴¹⁷⁾ F. ANOUKAHA, *L'OHADA en marche*, in *ann. De la Fac. Des Sc. Jur. Et Pol. De l'Université de DSCHANG*, t. 6, 2002, *Spécial OHADA* n° 13 à 18 ? P. 13 à 16 ; dans le même sens, P. G. POUGOUE

qui ne se suffit pas en lui-même quand il s'agit de son application à l'entreprise publique. Pour le droit des sociétés commerciales et GIE, l'on peut citer l'exemple des notions d'incapacité juridique, d'émancipation, d'interdiction et d'incompatibilité, de solidarité qui figurent dans les articles 7, 8 et 270 de l'AUSC et GIE. Toutes ces notions sont citées par l'AUSC et GIE sans les définir, laissant ainsi le soin au législateur national d'en fixer les conditions.

Il est indéniable que l'insertion de l'AUSC et GIE dans l'ordre juridique national est un préalable à son application à l'entreprise publique. Cette insertion par renvoi à des dispositions du droit national, tant matériel que procédural laisse une ouverture aux Etats parties, chacun à son niveau, de faire appliquer à l'entreprise publique les dispositions du droit interne.

2) Les textes nationaux non harmonisés applicables

Le cas le plus sensible typique et controversé⁽¹¹⁸⁾ est le renvoi des Actes uniformes à des dispositions de droit pénal interne. Aux termes de l'article 5 al. 2 du traité OHADA, un Acte uniforme peut définir les infractions pénales mais non en fixer les sanctions, celles-ci relevant donc du droit interne ; alors même que les sanctions pénales sont les corollaires des incriminations. Cette référence aux textes des Etats parties laisse des failles ou du moins, des écarts d'interprétation d'un Etat à un autre. D'ailleurs, très peu d'Etats parties ont légiféré en la matière. On peut citer le Cameroun avec la loi n°2003/008 du 10 juillet 2003, le Sénégal avec la loi n° 98-22 du 26 mars 1998 et le Togo avec la loi 80-1 du 13 août 1981 instituant Code pénal. Pour ces trois Etats cités, l'on parie que les sanctions soient les mêmes pour les mêmes infractions.

A titre de comparaison, l'on peut aller au-delà du droit des sociétés et de l'espace OHADA et faire constater que les peines ne sont pas les mêmes d'une organisation internationale à une autre. Par exemple, les solutions adoptées par certaines législations communautaires montrent les différences d'approche. Ainsi, la réglementation CEMAC relative aux moyens, instruments et incidents de paiement adoptée en 2003 édicte-t-il diverses sanctions pénales. Par contre la réglementation de la même institution sur la concurrence de 1999 adopte presque la même politique que la législation OHADA en matière de fixation des sanctions. En matière de sanctions des pratiques anticoncurrentielles en effet, la législation de la CEMAC prévoit des peines d'emprisonnement à côté d'autres sanctions telles que les amendes mais, elle ne confie pas le soin de les prononcer au Conseil Régional de la Concurrence qui est pourtant l'organe juridictionnel de cette organisation. L'on peut en déduire qu'il revient aux juridictions nationales, là également, le soin de prononcer effectivement les sanctions⁽¹¹⁹⁾ et de les mettre en œuvre.

Et Y. – R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, éd. PUA, Aout 2008, n° 140, p. 167 à 169.

⁽¹¹⁸⁾ J.J. FOMCHIGBOU MBANCHOUT, *De quelques réflexions sur la « codification » pénale communautaire du législateur de l'OHADA* In *L'efficacité du droit de l'OHADA*, ouvrage collectif sous la direction de J. GATSI, p. 63 et s. ; J. BORE, *La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire*, *Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 25 et s.

⁽¹¹⁹⁾ Analyse faite par Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, op. cit. p. 168.

Il faut reconnaître que de nombreux Etats parties au Traité OHADA disposent de lois non contraires à l'AUSC et GIE ou de législations spécifiques en la matière. Cédant en cela à la nécessité d'adapter le droit aux réalités et à l'évolution de la société de chacun des Etats, il est indispensable que le législateur de l'OHADA renvoie, pour l'instant, de manière générale aux droits nationaux en attendant l'harmonisation et l'unification de ceux-ci. Le tableau est très contrasté en la matière. La diversification du droit en ordres juridiques nationaux⁽⁴²⁰⁾ entraîne un phénomène irrésistible d'interprétations propres à chaque Etat partie ou encore à chaque cas en se référant aux textes généraux des Etats parties qui n'ont pas légiféré sur cette matière. La solution à ces renvois aux textes de droit interne est soit que le législateur africain légifère sur les matières, ou soit qu'il annule les règles internes sur les points ayant fait l'objet de l'AUSC et GIE ou enfin qu'il prononce la nullité des normes antérieures ou postérieures contraires.

Pag. II. L'effectivité de l'application de l'AUSC et GIE

L'alinéa 3 de l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE atténue la portée de l'a soumission de l'entreprise publique audit acte uniforme. Cet alinéa admet en effet, que les sociétés commerciales soient soumises aux lois non contraires à l'Acte Uniforme qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe son siège social. L'entreprise publique n'échappe pas à cette atténuation. Cette liberté optionnelle offerte à l'entreprise publique est doublée de celle prévue par l'article 916 du même Acte uniforme qui admet qu'une catégorie de sociétés dites « soumises à un régime particulier » puissent être soumises aux lois nationales non contraires à celles prévues par l'AUSC et GIE ». L'application de ses dispositions finira par aboutir à une catégorisation de sociétés commerciales, (A) à laquelle ne peut se soustraire l'entreprise publique (B).

A. Les sociétés commerciales catégorisées

La soumission systématique de l'entreprise publique à toutes les dispositions de l'AUSC et GIE peut être perçue comme une idée qui défie le bon sens. L'idée de prérogative de puissance qui innerve le fonctionnement de l'entreprise publique confère à celle-ci une particularité (1) qui sous-tend l'application des dispositions législatives spécifiques (2).

1) La particularité de l'entreprise publique

En Afrique, la logique de la participation de l'Etat aux activités commerciales à travers l'entreprise publique a, certes, évolué au fil du temps et surtout avec l'avènement des Actes uniformes OHADA. L'Etat en créant l'entreprise publique commerciale s'engage théoriquement à renoncer à ses droits régaliens. Il n'en demeure pas moins que son intervention ou sa présence dans cette société commerciale étatique marque le seau de la puissance publique faisant d'elle une société commerciale particulière⁽⁴²¹⁾. Sa particularité réside, en grande partie, dans le fait que l'Etat actionnaire continue d'y jouer un rôle d'autorité publique à travers son fonctionnement et sa structure. Ainsi l'Etat actionnaire continue d'exercer, par exemple, un contrôle sur l'entreprise publique en utilisant des

⁽⁴²⁰⁾ J.L. BERGEL, *La relativité du droit ? Revue de la Recherche Juridique* ; n° 3/1986, p. 13 et s. not. P. 19.

⁽⁴²¹⁾ CE, Ass., 24 novembre 1978 « Syndicat National du personnel de l'énergie atomique et Schwartz », A.J.D.A. mars 1979, p. 45 et s.

méthodes quand bien même légales, qui ne sont pas celles prévues par l'AUSC et GIE⁽⁴²²⁾. Cette intervention de l'Etat a pour conséquence l'application du droit administratif qui semble être le droit naturel de l'Etat⁽⁴²³⁾. Ce droit est un droit spécifique au regard de l'Acte Uniforme dont l'application constitue un véritable écueil dans la gestion de l'entreprise publique. L'étude de l'entreprise publique dans le cadre du droit OHADA fait apparaître l'existence d'un régime juridique hétérogène qui lui est applicable. D'une part, certaines règles de droit privé OHADA s'appliquent à l'entreprise publique ayant une activité ou une forme commerciale⁽⁴²⁴⁾ et d'autre part, d'autres règles de droit public se retrouvent imposées à l'entreprise publique⁽⁴²⁵⁾, tel le cas par exemple des règles budgétaires ; puisque les prévisions financières annuelles de l'entreprise publique sont prises en compte pour la détermination du budget annuel de l'Etat.

2) La subsistance des dispositions législatives spécifiques

Il se dégage de la lecture combinée des dispositions des articles 908, 901 et 919 de l'AUSC et GIE que les dispositions législatives et réglementaires spécifiques auxquelles sont soumises les entreprises publiques à régime particulier ne seront pas abrogées et subsistent donc dans la mesure où elles ne sont pas contraires à celles dudit Acte uniforme. Ainsi suivant l'avis de la CCJA n° 001/2001/EP du 30 avril 2001⁽⁴²⁶⁾, un texte législatif ou réglementaire de droit interne qui n'est ni contraire, ni identique à l'une ou l'autre disposition du droit OHADA entre dans le régime juridique particulier dont la validité paraît indiscutable.

L'analyse des textes légaux et réglementaires en vigueur dans certains Etats parties⁽⁴²⁷⁾ démontre clairement que dans l'organisation et le fonctionnement des entreprises publiques, il subsiste des éléments de droit public tels que : le mode de nomination des dirigeants dans la pratique, par le conseil de surveillance ou même par le Président de la République, de l'encadrement des contrats signés par l'entreprise publique et ses partenaires et des liens très forts avec les pouvoirs publics que caractérisent notamment les conventions particulières conclues ou à conclure entre l'Etat et l'entreprise publique qui sont *a priori* soumises à des sujétions de service public en vue de définir leurs obligations particulières en rapport à la stratégie et aux résultats attendus de l'entreprise publique. De même, les contrats signés par l'entreprise publique, sans être des contrats administratifs, sont marqués par le sceau du droit administratif, car ces contrats, comme nous l'évoquons plus haut, dans le cadre de la procédure de passation des marchés de la plupart des Etats parties, sont soumis à l'enregistrement par le ministère chargé de l'économie⁽⁴²⁸⁾.

⁽⁴²²⁾ *Infra pp 201 et suivants.*

⁽⁴²³⁾ M. Poyet Thèse, (Université de saint – Etienne). *Le contrôle de l'entreprise publique : essai sur le cas français*, p. 46, 2001.

⁽⁴²⁴⁾ X. GREFFE, *Le contrôle des entreprises publiques*, Cours IIAP, 1979.

⁽⁴²⁵⁾ G. LAGARDE, *De la société anonyme à l'entreprise publique*, in *Mélange RIPPET*.

⁽⁴²⁶⁾ CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, 4^e question, 4^e branche (4-d).

⁽⁴²⁷⁾ Pour le Togo, la Loi n° 90-26 op. cit. ; Pour le Mali, voir Code de commerce du Mali, Livre II, Titre I, (Loi n° 86-13 du 21 mars 1986).

⁽⁴²⁸⁾ Au Togo par exemple, cet enregistrement se fait indépendamment de celui effectué par la DGI.

Il semble opportun, pour l'application des dispositions législatives nationales à l'entreprise publique, que l'on se réfère à la nature du bien apporté pour la constitution de l'entreprise publique. Car, de la nature juridique particulière de l'entreprise publique à actionnaire unique et public qu'est l'Etat, découle également la nature réelle du bien que celui-ci apporte, transfère ou affecte à ladite entreprise. Si par exemple, l'apport de l'Etat consiste au transfert d'un bien de son domaine public ou privé, le droit commercial devient applicable à ladite entreprise pour autant qu'il y ait compatibilité avec les règles impératives du droit public en la matière. Ces règles de droit administratif impératives subsistent, nonobstant l'application de l'AUSC et GIE qui se substitue aux dispositions des lois nationales relatives aux sociétés commerciales.

B. L'exception à l'application de l'AUSC et GIE

La présence trop marquée de l'Etat dans l'entreprise publique présume de la particularité de son régime. Cette situation fait d'elle une société à régime juridique mixte soumis à la fois aux dispositions pertinentes de l'AUSC et GIE et aux prescriptions des lois nationales la concernant. Ainsi, devra-telle répondre aux exigences de l'article 916 de l'AUSC et GIE (1) dont la satisfaction engendre des difficultés (2).

1) Les exigences de l'article 916 de l'AUSC et GIE

Le régime particulier suppose qu'il existe dans le droit interne des dispositions législatives auxquelles est assujettie l'entreprise publique. Or, dans la plupart des Etats parties, de telles dispositions régissant l'entreprise publique existaient⁽⁴²⁹⁾. L'entreprise publique peut donc être classée parmi les sociétés commerciales soumises à un régime particulier prévues par l'article 916 de l'AUSC et GIE. Mais, cette affirmation n'est pas systématique dans la mesure où ce ne sont pas toutes les entreprises publiques qui répondent aux exigences de l'article 916 de l'AUSC et GIE.

Aux termes de l'Article 916 en effet, le régime particulier ne s'applique que lorsqu'il n'est pas contraire à l'Acte Uniforme. C'est dire donc que l'Acte uniforme n'abroge pas les textes antérieurs auxquels était soumise l'entreprise publique commerciale, sauf s'ils sont contraires à cet Acte Uniforme. L'on s'aperçoit donc que, contrairement à la pratique en France, c'est la non contrariété des textes spécifiques nationaux qui constitue la condition de leur application à l'entreprise publique⁽⁴³⁰⁾. Pour le cas du Togo par exemple, la loi 90-26 du 24 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques reste en vigueur. C'est d'ailleurs la position adoptée par la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. En effet selon la cour, les

⁽⁴²⁹⁾ Togo : la Loi n° 90-26 *op. cit* ; Mali : Code de commerce du Mali, Livre II, Titre I, (Loi n° 86-13 du 21 mars 1986) ; RDC (17 membre de l'OHADA), les lois 08/007 et 08/010 du 7 juillet 2008 relative d'une part, à la transformation des entreprises publiques et d'autre part à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat. Ces lois ont été modifiées par la loi 12/009 du 31 décembre 2012.

⁽⁴³⁰⁾ Dans les Etats parties tout comme en France, le seul cadre juridique d'ensemble pour l'entreprise publique est l'AUSC et GIE pour les uns et la loi du 24 juillet 1966 pour l'autre. Il est cependant important de noter qu'en France, les dispositions de la loi de 1966 deviennent inapplicables lorsqu'une clause du statut particulier le précise explicitement. Il en est de même lorsque ces dispositions sont contraires à la bonne application du statut particulier. En somme, le régime particulier est prioritaire sur le régime de droit commun. Voir en ce sens, Poyet (M.), Thèse, (Université de saint – Etienne). *Le contrôle de l'entreprise publique : essai sur le cas français*, p. 46, 2001.

dispositions de l'AUSC et GIE étant d'ordre public, elles s'appliquent à toutes les sociétés commerciales quel que soit leur objet ou le régime spécifique auquel elles sont soumises ; mais qu'à l'égard de ces sociétés, l'article 916 précité laisse subsister les dispositions législatives spécifiques auxquelles lesdites sociétés sont soumises⁽⁴³¹⁾.

D'un autre point de vue, l'on est porté à dire que l'article 919 abroge les textes spécifiques, car s'ils sont conformes à l'Acte Uniforme, celui-ci s'applique. A quoi sert donc un texte spécifique à l'entreprise publique, si celui-ci ne s'applique que s'il n'est pas contraire à l'Acte Uniforme ? Autant dire que s'il est contraire, il est abrogé. En somme, les lois nationales encadrant les entreprises publiques n'ont plus vocation à s'appliquer à ces entreprises.

2) Les difficultés liées à l'application de l'article 916

Hormis les lois nationales relatives aux entreprises publiques ayant opté pour la forme commerciale, l'entreprise publique, de par sa nature, bénéficie parfois de prérogatives de puissance publique⁽⁴³²⁾ et dans le même temps, elle doit respecter les règles de l'AUSC et GIE à cause de son caractère commercial. L'on assiste à une superposition de droit privé et de droit public qui se renforcent et des fois, se contrarient au sein d'une même entité. Ils se renforcent parce qu'ils se complètent, tel le cas des organes de contrôle qui viennent compléter le contrôle du commissaire aux comptes et ils se contredisent, par exemple, en introduisant dans l'entreprise publique unipersonnelle, un organe collégial (conseil de surveillance). Ce régime mixte qui, tout en refusant de s'appliquer à toutes les sociétés commerciales, consacre le caractère dérogatoire des dispositions des lois nationales par rapport aux actes uniformes. Cette situation, recèle en elle-même une ambiguïté majeure qui, sans doute a échappé aux rédacteurs de l'AUSC et GIE, car l'Etat actionnaire est, par nature, dans l'impossibilité de gérer son entreprise comme un actionnaire classique dans un secteur commercial. Aussi, comme le soutiennent BELOT et MARIN, l'Etat se trouve dans l'impossibilité de laisser à l'entreprise publique une marge d'autonomie inégalée pour respecter les textes communautaires ; car il a la faculté de blocage par le biais du contrôle des décisions et du pouvoir de sanctionner les dirigeants sociaux dans l'hypothèse où ceux-ci ne faisaient pas sa volonté⁽⁴³³⁾.

Certes, l'AUSC et GIE n'a pas défini le régime particulier. Mais ce régime peut s'entendre de dispositions législatives spécifiques applicables à une société en marge des dispositions de l'AUSC et GIE. Ceci étant, il s'ensuit que ces dispositions demeurent applicables à ces sociétés même si elles sont contraires à l'acte uniforme, de sorte que l'obligation de mise en harmonie édictées par l'article 908 de l'AUSC et GIE ne s'impose à l'entreprise publique que lorsque leurs stipulations statutaires contraires aux actes uniformes ne sont pas prévues par le régime particulier. Ainsi, l'on peut affirmer, sans risque de se tromper, que l'entreprise publique relève d'un régime particulier dans la mesure où nonobstant la loi de 1867 qui régissait les sociétés anonymes dans la plupart des Etats parties, l'entreprise publique était soumise, pour le cas du TOGO par exemple, à une loi spécifique. Dès lors, les lois spécifiques nationales régissant l'entreprise

⁽⁴³¹⁾ CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, *op. cit.* P. 27.

⁽⁴³²⁾ CE 17 mars 1972, « min. santé c/ Levesque » AJDA 1973, p. 329, note Heymann.

⁽⁴³³⁾ BELOT et MARINI, « les ambiguïtés de l'Etat actionnaire », *site des sciences économiques et sociales, rapport Athuis*, 1994, pp. 16-23.

publique restent valablement en vigueur et doivent continuer à s'appliquer aux entreprises publiques qui conservent ainsi leurs dispositions statutaires. La notion de la société soumise à un régime particulier énoncée par l'article 916 de l'AUSC et GIE peut englober, dans une large mesure, l'entreprise publique⁽⁴³⁴⁾ quelle que soit sa forme juridique pourvue qu'elle soit commerciale et que les textes législatifs nationaux qui lui sont propres ne soient pas contraires à l'AUSC et GIE. Ainsi dit, l'on aboutit à la conclusion que les textes nationaux ne sont pas totalement inapplicables à l'entreprise publique. Aux dispositions de l'AUSC et GIE, peuvent s'ajouter les dispositions des textes spécifiques nationaux traitant des entreprises publiques.

Section II. L'interférence imposée des procédures administratives à l'entreprise publique

L'entreprise publique se trouve confrontée aux aléas de son appartenance à l'Etat, posant ainsi un certain nombre de problèmes spécifiques au droit qui doit lui être applicable. L'une de ces difficultés tient au fait, que l'entreprise publique peut souffrir au moins, autant d'ingérences administratives avec tout son arsenal juridique. C'est ainsi que pour exercer ses responsabilités d'actionnaire, l'Etat a parfois intérêt à utiliser les règles de gestion qui lui sont propres (Pag. I). Aussi, pour sa gestion, l'entreprise publique, en plus de la chaîne complexe de délégation de pouvoirs (directeur, Conseil d'administration, Ministères ...), hésite-t-elle à se doter des organes qui lui sont également propres (Pag. II).

Pag. I. La persistance des règles de gestion propres à l'Etat

En droit communautaire OHADA, il n'a jamais été question d'exclure les mesures étatiques ou actes de puissance publique dans la gestion de l'entreprise publique. En fait, c'est la combinaison du principe d'égalité entre opérateurs économiques et les principes « d'effet utile »⁽⁴³⁵⁾ et de primauté du droit OHADA qui recommande que les mesures de l'autorité publique dans l'entreprise publique soient exclues du monde des affaires. La soumission de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE éviterait que s'institue des vides juridiques dans lesquels, selon D. BERLIN, les Etats n'auraient pas manqué de « s'engouffrer »⁽⁴³⁶⁾.

Dès lors, malgré la précaution prise par le législateur africain en vue d'assurer l'égalité entre les opérateurs économiques en les soumettant à un même droit, force est de constater que pour une certaine catégorie d'entreprise publique, le droit applicable ne peut qu'être national. L'on assiste alors à une dépendance de l'entreprise publique aux lois nationales sectorielles (A). Les Etats parties étant également partie de divers organismes internationaux, il n'est pas exclu que les règles de droit issues de ces institutions s'appliquent elles aussi, à l'entreprise publique (B).

⁽⁴³⁴⁾ *Supra pp. 18 et suiv.*

⁽⁴³⁵⁾ *Par effet utile, il faut comprendre la mise en œuvre effective des dispositions de l'AUSC & GIE. Voir M. J. BIANCARELLI, L'approche communautaire : mesures étatiques et comportements d'entreprises ; Revue de la concurrence et de la consommation, n° 96, mars-avril 1997, pp 64-69 ; spéc. P. 65 ; cité par Charlotte DENIZEAU, op. cit, p. 117.*

⁽⁴³⁶⁾ *D. BERLIN, Droit communautaire et régimes exorbitants du droit commun, A.J.D.A., n° spécial, juin 1996, pp. 39-54, p. 39, note 2.*

A.L'entreprise publique dépendante des lois nationales sectorielles

Avec l'AUSC et GIE, le principe de l'autonomie de gestion de l'entreprise publique est consacré. Du coup, l'idée de l'étatisation de l'entreprise publique est écartée. Pourtant, l'on constate, dans la pratique, que l'Etat ne se contenter pas de jouer son seul rôle d'actionnaire. Il conduit sa politique économique en s'immisçant dans la gestion de l'entreprise publique en appliquant les lois sectorielles.

Il faut rappeler au préalable que le droit OHADA ne touche pas, pour l'instant au moins, à certains domaines spécifiques relatifs, par exemple, à la concurrence, aux opérations financières, aux assurances et aux télécommunications. Il se borne seulement à leur encadrement juridique général comme sociétés commerciales. A part les directives touchant cette catégorie de sociétés, les Etats parties conservent leurs lois sectorielles qui leur sont toujours applicables. La loi sectorielle s'applique, en effet, à un ensemble de sociétés ayant une même activité et évoluant, le plus souvent, dans un secteur concurrentiel. *A priori*, elle n'a pas vocation à régir la même matière ou le même domaine que l'AUSC et GIE. Tel est le cas par exemple, des télécommunications ou la loi sectorielle organise les procédures d'octroi des licences et autres, tout en organisant la concurrence entre les opérateurs. Il s'agit donc d'une loi qui ne concerne pas que les entreprises publiques ; elle englobe aussi les sociétés privées. Dans cette logique, l'on peut dire que c'est l'objet qui constitue l'élément déterminant pour l'application de la loi sectorielle à telle ou telle entreprise publique. Par exemple, pour les télécommunications, les opérateurs étatiques et ceux des privés sont soumis à la même loi sectorielle⁽⁴³⁷⁾. A cet égard, l'on se dirige vers ce que l'on peut appeler le principe de la spécificité ou de la spécialisation des lois. Ceci, en principe, ne peut pas justifier que l'on écarte l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique évoluant dans des secteurs spécifiques.

En tout état de cause, par rapport à l'AUSC et GIE, aucun problème ne se pose pour ce qui concerne l'application des lois sectorielles à l'entreprise publique, car ces dernières et l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et Groupement d'intérêt économique ne couvrent pas la même matière. Les deux catégories de textes ne sont pas concurrentielles. La seule incidence qu'une loi sectorielle peut avoir sur l'AUSC et GIE, est l'intervention des organes étrangers dans le fonctionnement de l'entreprise publique, tels les organes chargés par l'Etat pour contrôler et sanctionner les comportements anti concurrentiels des opérateurs économiques. D'ailleurs, l'effet de l'intervention de ces organes est presque anéanti par le principe de la primauté des obligations résultant du traité OHADA sur le droit interne. Aucune personne publique actionnaire ne peut donc se prévaloir d'une loi sectorielle pour ordonner ou permettre à une entreprise publique d'enfreindre les règles issues de l'AUSC et GIE. Tel a été d'ailleurs l'avis de la CCJA du 26 avril 2000 qui a précisé, en la matière que les dispositions de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et Groupement d'Intérêt Economique étant d'ordre public, s'appliquent prioritairement à toutes les sociétés commerciales⁽⁴³⁸⁾. Au-delà de cette

⁽⁴³⁷⁾ Exemple : Burkina Faso: Loi 05/98/AN du 24 décembre 1998 portant réforme du secteur des télécommunications au Burkina Faso, Togo : Loi n° 98-005 du 11 février 1998, mod. par la loi n°2004 – 011 du 3 mai 2004. V. loi sur les communications électroniques 2012-018 du 17 décembre 2012.

⁽⁴³⁸⁾ Avis n°02/2000/EP du 26 avril 2000, op. cit. p. 107

priorité, l'acte uniforme a vocation à encadrer les lois nationales susceptibles de s'appliquer à l'entreprise publique.

Etant entendu que les dispositions de l'AUSC et GIE sont d'ordre public, toute substitution d'une disposition d'une loi nationale aux dispositions de l'AUSC et GIE doit être expressément autorisée par ledit Acte uniforme⁽⁴³⁹⁾. Ce qui revient à dire que toute substitution législative, réglementaire ou statutaire non autorisée par l'Acte uniforme lui-même est frappée de nullité absolue ou réputée non écrite. Il s'ensuit que l'exception possible ne peut résulter que des dispositions dérogatoires ou complémentaires susceptibles de s'appliquer à l'entreprise publique. Finalement, l'on observe que l'Etat peut légiférer sur le fonctionnement de son entreprise, mais que l'application des textes nationaux doit être encadrée par les dispositions de l'AUSC et GIE.

B. L'entreprise publique soumise aux droits dérivés

L'on retrouve dans les Etats parties des institutions dotées de cadre légal presque similaire à celui de l'OHADA⁽⁴⁴⁰⁾. Les textes issus de ces institutions comme ceux issus de l'OHADA, s'appliquent indifféremment, à l'entreprise publique qui devient leur commun dénominateur. Dans sa gestion, en effet, l'entreprise publique est amenée à se référer aux règles issues de ces différentes organisations d'intégration qui cohabitent avec les règles issues de l'OHADA (1). Cette situation pose parfois de sérieux conflits de normes qu'il convient de relever (2).

1) La référence aux textes issus des autres institutions communautaires dans la gestion de l'entreprise publique

Malgré l'importance de certaines institutions régionales, l'on a tendance à ignorer leur activité normative qui est pourtant déterminante pour le fonctionnement de certaines entreprises publiques. L'on peut citer à titre d'exemple, l'importante réforme législative du droit bancaire menée dans les zones CEMAC et UEMOA⁽⁴⁴¹⁾ et les réglementations relatives à la concurrence adoptées dans les mêmes sous-régions. A cela s'ajoutent les directives (UEMOA) et les actes additionnels (CEDEAO) qui viennent orienter et suppléer les textes des institutions concernées. L'application de ces textes d'origine diverse ne peut se faire sans heurt que par la définition du rôle de chaque organisation régionale.

Pour certains auteurs, en effet, l'OHADA est une institution d'intégration juridique à « vocation économique » alors que les autres institutions concurrentes ne sont que des institutions économiques *stricto sensu*⁽⁴⁴²⁾. Ainsi, la frontière entre les deux catégories d'institutions est nettement tracée; par conséquent, il ne peut avoir aucun risque

⁽⁴³⁹⁾ Voir article 2 de l'AUSC et GIE.

⁽⁴⁴⁰⁾ v. J. ISSA SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *Harmonisation du droit des affaires*, coll. *Droit uniforme africain*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 245.

⁽⁴⁴¹⁾ Pour la CEMAC, Voir les conventions bancaires de 1990 et 1992 qui créent la commission bancaire de l'Afrique centrale (COBAC), et harmonisent la réglementation bancaire applicable dans cette zone. Voir aussi, A. KENMOGNE SIMO, *La protection des établissements bancaires contre la défaillance dans les pays d'Afrique Noire Francophone*, thèse de doctorat, Université de Yaoundé II, 2005, *passim*.

⁽⁴⁴²⁾ I. K. DIALLO, *La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode*, *Bulletin du transport multimodal*, n° 00, p. 8.

d'interférence quant aux textes applicables⁽⁴⁴³⁾. Une telle conception est soumise à caution, car étant une institution d'intégration juridique à « vocation économique », l'acte uniforme embrasse à la fois l'aspect juridique et économique de l'entreprise publique. Dans ce double rôle, il ne peut qu'interférer avec les textes juridiques des autres institutions uniquement économiques. Cela s'explique également par le fait d'une part, que l'AUSC et GIE n'est pas une institution d'une région, il est inter-régional ; ce qui renforce son caractère international ; d'autre part, il n'est pas une loi catégorielle comme celle régissant par exemple que les assurances (Code CIMA) ; il englobe tout le droit des affaires en Afrique ; ce qui confirme sa supériorité. Ce qui importe est que quels que soient leur caractère et leur force juridique, les textes issus des institutions économiques s'appliquent à l'entreprise publique au même titre que l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, sous réserve de leur conformité aux dispositions de ce dernier. Paradoxalement, l'AUSC et GIE et les lois communautaires ayant vocation à s'appliquer aux mêmes personnes morales dans une même zone géographique, le premier ne peut pas ignorer totalement l'existence des seconds. Pour cela, les praticiens du droit doivent faire preuve de vigilance et de discernement dans leur prise de position afin d'éviter un choc entre l'AUSC et GIE et les textes issus des autres institutions communautaires.

2) Les risques de conflits potentiels entre les normes

L'espace juridique OHADA se présente sous la particularité d'un espace où cohabitent plusieurs ordres juridiques différents dont les objectifs sont parfois similaires⁽⁴⁴⁴⁾. Ainsi, faut-il dire que les conflits virtuels entre les normes dans l'espace OHADA se caractérisent par la présence, dans un même domaine, des différentes règles ayant en commun la volonté de régir différemment une même situation sans porter atteinte à l'application de l'une d'entre elles. Il n'est donc pas étonnant par exemple, qu'un conflit de détermination de la juridiction compétente – cour commune ou juridiction nationale de contrôle de légalité - puisse se poser dans un différend entre un tiers et l'Etat actionnaire⁽⁴⁴⁵⁾. De même, en effet, en cas de violation par exemple, du plan comptable OHADA en vigueur depuis 2002 par les organes de la CEMAC, rien n'interdit que le règlement d'un éventuel conflit y afférent puisse relever de la compétence de la chambre des comptes de la Cour de justice de la CEMAC ou de celle de la CCJA de l'OHADA. De tels conflits sont réels et inévitables entre l'AUSC et GIE et les différents règlements issus des systèmes juridiques de l'UEMOA et de la CEMAC⁽⁴⁴⁶⁾, car toutes ces législations régionales, chacune à son niveau, s'appliquent à l'entreprise publique, parfois dans le but de promouvoir l'économie régionale. Ces interférences créent évidemment, des situations incertaines dans la gestion de l'entreprise publique suscitant ainsi, des solutions alternatives, qui sont à leur tour, source de conflits potentiels.

⁽⁴⁴³⁾ Voir Avis n° 22/2000, *op. cit.* P. 107.

⁽⁴⁴⁴⁾ Abdoulaye DIALLO, *Les conflits de lois dans le droit uniformisé de l'espace OHADA ; Mémoire online*, 2009. V ; aussi, G. NGOUMTSA ANON, « Droit OHADA et conflits des lois », Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, tome 543, 2013, avant – propos de P. G. POUGOUE, préface de Hugues FULCHIRON.

⁽⁴⁴⁵⁾ Cour suprême du Niger, du 16 Août 2001, Aff. Snar Leyma, RBD, 2002, p. 121et s. et des observations D. ABRACHI. Sur cette affaire, v. aussi, A. KANTE, *La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort, en application des Actes uniformes*, OHADA.com, ohadata D-02-29.

⁽⁴⁴⁶⁾ Rappelons que l'AUSC et GIE ne traite pas directement de l'attribution de compétence juridictionnelle. Il renvoie ce pouvoir à la compétence nationale.

En somme, il se révèle que les institutions d'intégration économiques et l'OHADA qui est plus une institution d'intégration juridique, couvrent des domaines de compétences qui se recoupent. Et comme le souligne la doctrine africaine, la frontière entre le champ d'application normatif de ces différentes institutions n'est pas hermétique⁽⁴⁴⁷⁾, elle est poreuse avec des entrelacements et donc, source d'éventuels conflits.

L'on observe, finalement que ce foisonnement des règles juridiques dans l'espace OHADA soulève d'énormes difficultés. En effet, en vertu de la supranationalité des règles communautaires, chaque organisation édicte des règles à valeur voulue égale, qui ont vocation à s'appliquer à l'entreprise publique. S'il est clairement établi qu'en vertu du principe du droit international les ordres juridiques internationaux sont supérieurs et s'imposent donc aux ordres juridiques internes avec la même force quant à leur application à l'entreprise publique, malheureusement, la hiérarchie entre l'ordre juridique OHADA et les normes dérivées des différentes institutions économique- juridiques n'est pas définie. Il importe donc au juge dans ses décisions, et à la doctrine dans ses prises de position de procéder à une analyse au cas par cas. Ce qui n'augure évidemment pas, d'une uniformisation du droit voulue par le législateur africain.

Pag. II. La possible intervention des organes créés par l'entreprise publique elle-même

Au schéma classique des organes sociaux de l'entreprise publique, l'Assemblée générale, le Conseil d'administration et la direction générale⁽⁴⁴⁸⁾, l'on peut adjoindre d'autres organes non prévus par l'AUSC et GIE ; pourvu que le fonctionnement de ces derniers n'aille pas aux antipodes des textes dudit Acte uniforme et que ces organes n'entravent pas, par conséquent, le fonctionnement normal de l'entreprise publique ou encore qu'ils ne soient pas en concurrence avec les organes légaux. Rien ne s'oppose juridiquement que de tels organes soient introduits par les Etats parties dans la gestion de l'entreprise par une loi nationale. Tel est d'ailleurs le cas en France pour ce qui concerne les comités d'entreprise⁽⁴⁴⁹⁾. Ces organes facultatifs permettent en général, plutôt à l'actionnaire de conduire une politique actionnariale prenant en compte les responsabilités de l'entreprise publique vis-à-vis des parties prenantes (salaries, clients, fournisseurs, ...). Ces organes non prévus par l'AUSC et GIE, mais indispensables à la gestion de l'entreprise publique sur propre invitation de celle-ci, peuvent être regroupés en deux types. Les uns sont complémentaires des organes légaux (A) et les autres sont supplétifs (B).

⁽⁴⁴⁷⁾ V. J. ISSA- SAYEGH, *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA*, *Revue uniforme de droit, UNIDROIT*, Rome 1999-I p. 5 ; colloque sur « La problématique de la délimitation des compétences entre la Cour de justice de l'UEMOA, la Cour de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales des Etats – parties, Centre de formation judiciaire de Dakar, 9-13 octobre 2000.

⁽⁴⁴⁸⁾ l'article 437 de l'AUSC et GIE, al 2 autorise que le CA crée des comités composés d'administrateurs chargés d'étudier certaines questions et de donner leur avis après examen.

⁽⁴⁴⁹⁾ Exemple, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, v. B. SAINTOURENS, *La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés : Bill. Joly 2002*, p. 461.

A. Les organes complémentaires

Ces organes ont vocation à permettre aux salariés de participer à la vie de l'entreprise (1) et à la direction générale, de coordonner ses actions et activités, malgré leur subsidiarité (2).

1) Les comités facultatifs

Il peut être institué dans l'entreprise publique un comité d'entreprise (CE)⁽⁴⁵⁰⁾ et un comité de gestion composés de salariés de l'entreprise publique.

Ce comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise. A cette fin, il doit recevoir régulièrement des informations et des rapports sur la situation de l'entreprise⁽⁴⁵¹⁾. Afin de lui permettre de jouer un rôle significatif au sein de l'entreprise publique, le comité d'entreprise doit pouvoir disposer du même droit d'information et de communication que les membres du conseil de surveillance et ceux du conseil d'administration qui sont les représentants légaux de l'Etat actionnaire. Il doit être informé de tous les projets de modification de structure et notamment du renouvellement des membres du conseil d'administration. Ces prérogatives ont fait dire M. COZIAN que dans les SA, le comité d'entreprise est parfois mieux traité que les actionnaires⁽⁴⁵²⁾. A l'analyse, l'on s'aperçoit que les prérogatives des membres du comité d'entreprise s'apparentent à celles de l'actionnaire. C'est ainsi également qu'ils peuvent déclencher la procédure d'alerte, demander la désignation d'un expert de gestion ou demander la récusation ou la révocation d'un commissaire aux comptes.

L'on observe que, de par leurs prérogatives, les pouvoirs des membres du comité d'entreprise peuvent parfois empiéter sur ceux des organes légaux de l'entreprise publique. Néanmoins, il faut souligner qu'en cas de conflit entre les organes complémentaires et les organes légaux, et dès lors que la position prise dans l'intérêt social par ces derniers est fondée juridiquement, il va de soi que c'est cette dernière qui prévaut. Il est pourtant certain que le comité d'entreprise, bien qu'organe complémentaire, influe sur les décisions des organes légaux. C'est sur ce point que l'on s'interroge sur l'opérabilité de cet organe dans l'entreprise publique dont la rigidité de la gestion rappelle celle de l'Etat. Pourtant, il est dans une large mesure, un contre poids d'éventuels abus des dirigeants légaux; d'où son utilité pour la bonne gouvernance de l'entreprise publique. Mais l'on voit mal dans la pratique, se développer dans l'entreprise publique ce système allemand qui s'apparente à la cogestion, dit encore codécision, car le principe de l'institution des comités dans l'entreprise publique ne doit pas être surestimé. Puisque, comme l'a souligné en France, le Haut Conseil du secteur public dans l'un de ses rapports⁽⁴⁵³⁾, la composition et les attributs du conseil de surveillance ou

⁽⁴⁵⁰⁾ En droit Français, il est fait obligation à toute entreprise publique ou privée de plus de 50 salariés de mettre en place un comité d'entreprise composé des représentants du personnel élus et des représentants des syndicats ; v. Loi n° 2013 – 504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JO du 16 juin 2013).

⁽⁴⁵¹⁾ V. Maurice COZIAN, *Droit des sociétés*, op. cit. p. 323.

⁽⁴⁵²⁾ Maurice COZIAN, op. cit. idem.

⁽⁴⁵³⁾ Rapport du Haut Conseil du secteur public de 1988, *La Documentation française*, 1990, p. 133.

d'administration laissent peu de place à la manifestation d'autonomie complète de ces instances à l'égard des pouvoirs publics en particulier en matière de nomination des comités de l'entreprise publique. Si cela s'avérait nécessaire, il doit avoir un régime obligatoire dans lequel le comité d'entreprise est imposé par une loi nationale et non être considéré comme un régime facultatif⁽⁴⁵⁴⁾.

Pour ce qui est du comité de gestion, sans se substituer au conseil de surveillance, il devait pouvoir également demander en justice la désignation d'un mandataire en charge de convoquer le conseil de surveillance. Fort de cette prérogative, il n'est donc pas exclu que les membres du comité assistent aux réunions du conseil de surveillance et du conseil d'administration afin d'être mieux informés sur la marche de l'entreprise publique qui les emploient.

N'étant pas prévus expressément par l'AUSC et GIE, ces comités plutôt facultatifs conservent leur caractère complémentaire. Outre ces comités, d'autres comités, ceux-ci subsidiaires, peuvent exister dans l'entreprise publique.

2) Les comités subsidiaires

Dans la plupart des entreprises publiques, il est institué des organes internes de décision placés sous la direction générale. Il s'agit du comité exécutif et de gestion (CEG) et du comité de direction (CODIR). Il faut rappeler que le comité exécutif et de gestion est plus présent dans les groupes de sociétés alors que le comité de direction, plus restreint est le propre des entreprises évoluant seules. En effet, le comité de direction est chargé de la coordination des activités de l'entreprise publique, de la définition des axes stratégiques de développement et de fonctionnement de celle-ci, de la mise en œuvre de ses orientations stratégiques déterminées par le conseil d'administration, du suivi des résultats de l'exploitation et de la fixation de ses objectifs. Les attributs du comité de direction sont proches, si non, chevauchent ceux du conseil de surveillance de l'entreprise. Les risques de conflits sont minimes, dans la mesure où les membres de ce comité sont tous des directeurs de département, le plus souvent nommés, en théorie à ces postes avec l'aval des membres du conseil de surveillance. Ce qui présage l'existence d'un lien de subordination, même si ce lien n'est pas direct et apparent.

En outre, en dehors des règles légales d'organisation de l'entreprise publique, il n'est pas interdit de concevoir et d'admettre que d'autres organes soient prévus par les statuts pour contrebalancer les pouvoirs des dirigeants ou pour collaborer avec eux (comités d'audit, comité de commercialisation, comité technique ...). De plus, dans la plupart des entreprises publiques, dans l'impossibilité d'avoir une assemblée générale, il est prévu dans la pratique, un organe de substitution qui joue un rôle supplétif.

B. L'organe supplétif

Dans l'entreprise publique unipersonnelle, il est impropre de parler d'une assemblée générale, puisque l'Etat est le seul actionnaire. Pourtant, elle existe sous une autre

⁽⁴⁵⁴⁾ G. AURERO, *Représentation des salariés dans les organes de gestion de la société anonyme : J-CI Traité sociétés*, 2003, fasc. 130-60.

appellation. Cet organe à caractère plutôt « politique » (1) adapte ses fonctions à celles de l'assemblée générale prévue par l'AUSC et GIE (2).

1) Un organe à caractère « politique »

En droit des sociétés commerciales, l'on qualifie de politique, les prérogatives associant l'actionnaire à la vie sociale, qu'il s'agisse du choix des administrateurs, du vote des dividendes ou de l'information sur l'évolution des affaires sociales⁽⁴⁵⁵⁾. Dans le cadre de notre étude, l'on désigne par « politique », le système d'organisation de la vie de la cité, c'est-à-dire de l'Etat.

Dans la pratique, les membres du conseil de surveillance sont tous des ministres (ministre de tutelle technique, le ministre de tutelle économique et financière, le ministre chargé des entreprises publiques ...). Quel que soit le degré de la technicité de leur fonction, ils sont, avant tout, des Hommes politiques. Ces ministres nommés, généralement, pour des raisons plus politiques que professionnelles, ne peuvent orienter les actions de l'entreprise publique dans sa stratégie qu'en tenant compte de l'orientation de la politique générale définie par le gouvernement auquel ils appartiennent. Il n'est donc pas surprenant que parfois, le conseil de surveillance ne respecte pas les principes de gouvernement d'entreprise, par exemple dans le choix des autres dirigeants de l'entreprise publique dont ils ont le devoir. Ceux-ci, le plus souvent sont nommés eux aussi, par le conseil de surveillance en tenant compte de leur aspiration politique ; la politique interférant ainsi avec la gestion de l'entreprise publique. Du coup, l'on constate que tous les dirigeants, membres du conseil de surveillance, membres du conseil d'administration et le directeur général n'agissent pas seulement dans l'intérêt de l'entreprise publique, mais aussi dans celui de la politique. Ceci explique que l'on ait des difficultés à séparer les fonctions de dirigeant social de celles de dirigeant politique. L'on assiste, comme le dirait Jean-Yves CHEROT, à une « ingérence politique induite »⁽⁴⁵⁶⁾ qui se manifeste par des décisions de gestion prises par décrets ou par arrêtés, contre toute stipulation de l'AUSC et GIE. Ceux-ci émanant des Hommes politiques, ne peuvent qu'avoir un caractère impératif pouvant provoquer un dysfonctionnement de l'entreprise publique, surtout s'ils ne respectent pas certains principes posés par l'AUSC et GIE. C'est le cas par exemple, d'un ministère qui décide de révoquer pour des raisons politiques, un membre du conseil d'administration le représentant dans cet organe, sans en informer les autres membres. Alors même que la procédure est irrégulière, le bénéfice du préalable dont jouissent les actes administratifs, fait que les décisions émanant du conseil de surveillance doivent s'appliquer directement à l'entreprise publique. Heureusement qu'avec l'AUSC et GIE révisé, est venu atténuer le caractère souvent arbitraire de la révocation *ad nutum* tout administrateur général et son adjoint et un directeur général d'une SA révoqué sans juste motif, peut réclamer des dommages et intérêts⁽⁴⁵⁷⁾. Mais aussi malheureusement que l'AUSC et GIE n'a pas prévu la possibilité pour un administrateur révoqué de réclamer les dommages en cas de révocation sans faute. Il s'agit peut-être d'un oubli.

⁽⁴⁵⁵⁾ V. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit. p. 286.

⁽⁴⁵⁶⁾ Jean-Yves CHEROT, *Droit public économique*, op. cit. P. 537, du même auteur, « L'avenir des entreprises publiques dans le contexte des idées sur le gouvernement d'entreprise » D.A. 2006.

⁽⁴⁵⁷⁾ Voir l'article 492 al 2 pour le DG, l'article 509 al 2 pour l'administrateur général et l'article 515, al 2 pour l'administrateur général adjoint.

Tout compte fait, l'interférence politique dans le fonctionnement de l'entreprise publique ne laisse pas entrevoir une claire séparation des responsabilités qu'exerce l'Etat actionnaire dans l'entreprise publique.

2) Un organe adapté

Bien que l'apparence ne soit pas, ou du moins, n'équivaille pas la réalité, il est constant que dans la plupart des Etats parties OHADA, le conseil de surveillance de l'entreprise publique s'apparente, dans son rôle, aux assemblées générales prévues par l'AUSC et GIE dans les sociétés commerciales. Ainsi, les comptes sociaux (le bilan, le compte de résultat et l'annexe) sont approuvés par le conseil de surveillance en même temps que le rapport de gestion. En même temps qu'il statue sur les comptes sociaux, le conseil de surveillance décide de l'affectation du résultat en fonction des besoins de l'Etat actionnaire et non en fonction des propositions faites par les membres du conseil d'administration comme cela devrait l'être. Cela va de soi, car le conseil de surveillance est plus un organe politique qu'économique.

En fait, tous les droits réservés à l'assemblée générale dans les sociétés privées, ne sont qu'illusoire dans l'entreprise publique. Ceci est vrai, car le plus souvent, certains membres du conseil d'administration ou le directeur sont plus « forts » que les ministres composant ce conseil⁽⁴⁵⁸⁾; pour la simple et évidente raison que, tout comme les ministres membres du conseil de surveillance, ceux du conseil d'administration et le directeur général de l'entreprise publique, sont nommés suite aux instructions des plus hautes autorités de l'Etat. Ceci cadre bien avec l'affirmation de Maurice COZIAN, selon laquelle dans le fonctionnement des organes sociaux de l'entreprise publique, il y'a des frustrations et du spectacle⁽⁴⁵⁹⁾.

Il faut dire également que, mise en place pour jouer le rôle de l'assemblée générale dans l'entreprise publique, le conseil de surveillance, cet organe qui délibère et décide, est limité dans son action à cause des fonctions politiques qu'il est appelé congénitalement, à assumer. C'est pourquoi, il semble qu'il serait judicieux de choisir, pour assumer cette fonction de surveillance de l'entreprise publique, des membres plus indépendants en tenant compte de leur expérience et leur connaissance du domaine dans lequel exerce l'entreprise publique⁽⁴⁶⁰⁾; ceci pour plus d'efficacité et d'efficience dans la gestion de l'entreprise publique.

Du fait que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »⁽⁴⁶¹⁾, il abroge les dispositions du droit national qui lui sont contraires. Ainsi, pour se conformer à l'AUSC et GIE, chaque législateur national doit-il procéder à l'élargissement des textes nationaux contraires à cet Acte uniforme. Il n'est pas sûr que cette

⁽⁴⁵⁸⁾ Ceci justifie en partie, aux Etats-Unis, l'interdiction par la loi de nommer des administrateurs non indépendants au conseil d'administration, Loi du 31 juillet 2002 dite Sarbane-oxley Act.

⁽⁴⁵⁹⁾ Maurice COZIAN, *Droit des sociétés*, op. cit. P. 299 et s. ; coin des amateurs.

⁽⁴⁶⁰⁾ V. infra p. 349.

⁽⁴⁶¹⁾ Article 10 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'OHADA.

purge résolve entièrement la question, non seulement, selon Jean YADO TOE⁽⁴⁶²⁾, parce que des dispositions pourraient lui échapper, mais aussi parce que les lois abrogatives pourraient être discutées par l'Etat actionnaire, puissance publique, quant à leur contrariété à l'AUSC et GIE.

Il ressort de cette discussion que certains textes nationaux restent applicables à l'entreprise publique qui est soumise également, à certains égards, à d'autres législations issues des institutions auxquelles appartiennent aussi les Etats parties au Traité OHADA⁽⁴⁶³⁾. Cette situation augure mal du fonctionnement normal de l'entreprise publique qui doit désormais respecter plusieurs législations à la fois.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Somme toute, c'est en principe dans l'Acte Uniforme que l'on trouve les règles relatives à la gestion de l'entreprise publique. De telle sorte qu'à partir du moment où l'Etat choisit de constituer une entreprise publique sous la forme d'une société anonyme par exemple, il doit s'attendre à sa soumission systématique au droit qui régit cette catégorie et ne peut y déroger⁽⁴⁶⁴⁾. Tout naturellement, ce droit aux exigences duquel doivent se soumettre l'Etat actionnaire et son entreprise, est celui issu de l'OHADA. Cependant, force est de constater que la nature publique de l'entreprise en question, laisse subsister certains verrous de droit public que le législateur africain n'a pas sautés. L'intervention par exemple de la tutelle, par le biais du conseil de surveillance, de la cour des comptes et d'une manière ou d'une autre, l'implication dans les affaires de l'entreprise publique des Directions Nationales de Contrôle et des Autorités de Régulation propres à chaque Etat partie, sont des subsides résistants à l'AUSC et GIE qui empêchent l'application stricte de ce dernier à l'entreprise publique. Aussi, faut-il le souligner, l'OHADA n'étant pas la seule institution œuvrant pour l'harmonisation du droit, l'on constate qu'en plus des règles du droit interne, celles issues d'autres organisations d'intégration économique ou juridique s'appliquent à l'entreprise publique. Pour une vue générale de la question et des débats que ce foisonnement des législations au sein de l'entreprise publique suscitent et du fait de son appartenance à l'Etat, l'on est conduit à mener une discussion sur les méthodes d'application, sans heurt, de tous ces droits à l'entreprise publique.

⁽⁴⁶²⁾ Jean YADO TOE, *Problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA ; Acte du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats ; Ouagadougou 2007.*

⁽⁴⁶³⁾ Il faut rappeler que l'OHADA n'est pas la seule ou la première organisation à œuvrer pour l'harmonisation du droit. L'ont précédé l'UMOA, dans le domaine bancaire, l'OAPI, dans le domaine de propriété intellectuelle et la CIMA dans celui des assurances.

⁽⁴⁶⁴⁾ Cathérine SUDOUR-BARILLER, *Dr. des sociétés, Organe collégial de direction dans les SAS, article, www.gramond-associes.com du 23/06/2014, p. 2/3*

DEUXIEME PARTIE :
L'APPLICATION STRATIFIEE DES REGLES DU
DROIT INTERNE ET DE L'AUSC ET GIE A
L'ENTREPRISE PUBLIQUE

« Le secteur public industriel est imprécis dans ses frontières, diversifié dans ses critères qui ont entraîné sa composition, et hétérogène dans les règles de droit qui le régissent ».

La définition, plus sociologique que juridique de l'entreprise publique qui, selon Alain-Serge MESCHERIAKOFF,⁽⁴⁶⁵⁾ n'est qu'une astuce de langage du législateur pour cacher une administration publique⁽⁴⁶⁶⁾ permettra de démontrer qu'une application stratifiée des règles de droit interne des dispositions de l'AUSC et GIE s'impose. Il apparaît avec évidence, à partir de ce qui précède que l'entreprise publique est sujet à des velléités quant à sa nature et au droit qui doit lui être applicable. Et tout laisse croire que le droit propre à l'administration publique est celui qui a vocation à s'appliquer à l'entreprise publique. Dans le même temps, le législateur africain veut qu'elle soit impérativement soumise au droit des sociétés commerciales. Il en résulte que l'entreprise publique se retrouve dans une situation inédite⁽⁴⁶⁷⁾ où son devenir privé ou du moins, sa soumission pleine et entière au droit OHADA n'est pas chose acquise. L'on est tenté d'envisager que dans sa gestion, l'entreprise publique dans l'espace OHADA, est caractérisée par la cohabitation du droit administratif et du droit commercial, même si tel n'est pas l'avis de certains juristes comme André de LAUBADERE, MM. Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET⁽⁴⁶⁸⁾ sous d'autres cieux. Selon ceux-ci en effet, malgré leur particularité résultant de la présence de l'Etat actionnaire seul ou associé avec d'autres, l'entreprise publique exerçant des activités commerciales est assimilée aux sociétés commerciales ordinaires et soumise, à cet effet, au droit commun qui n'est autre que le droit des sociétés commerciales. Cette approche de la doctrine sans être contestée force l'esprit à émettre quelques réserves qui tiennent à deux particularités:

- En premier lieu, en droit français par exemple, le caractère public de l'entreprise lui vaut l'application de certains textes communs à l'ensemble de l'administration publique. C'est ainsi que leurs membres du conseil d'administration sont nommés suivant la procédure établie par le droit administratif, donc soumis au droit administratif.
- En second lieu, comme nous l'évoquions plus haut, l'unicité de l'actionnariat (dans le cas où l'Etat est actionnaire unique) n'est pas favorable à la constitution d'assemblée générale des actionnaires.

De ces approches, il découle que l'entreprise publique ne peut être que située au confluent du droit administratif et du droit des sociétés commerciales et ne peut de ce fait, échapper à l'influence des deux droits aux exigences aussi opposées que complémentaires. Il est donc permis de s'interroger sur la cohabitation, quand bien même contre nature, des règles du droit interne des Etats parties et celles du droit des sociétés issu de l'OHADA. Pour sortir de cette confusion juridique qui se présente également en droit français, J. LAMARQUE propose que l'administration utilise les procédés du droit

⁽⁴⁶⁵⁾ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *op. cit.* p. 178.

⁽⁴⁶⁶⁾ Il nous semble que l'administration dans ce cadre précis peut être interprétée comme une opération juridique commandée par la gestion courante d'un patrimoine. Par contre le mot "publique" nous interpelle davantage sur l'intervention du droit administratif.

⁽⁴⁶⁷⁾ Il est vrai que la plupart des Etats, actuellement membres de l'OHADA avaient opté pour la gestion privée des entreprises publiques. Mais cette option laissait un large pouvoir à l'autorité publique de décider, par décret par exemple, sur la réduction de la participation de l'Etat dans une entreprise d'économie mixte (article 56 de la Loi Togolaise n° 90-26 du 4 décembre 1990).

⁽⁴⁶⁸⁾ André de LAUBADERE, MM. Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET, *Droit Administratif (manuel)*, 16^e édition, p. 312.

privé. Selon lui, ce recours est la solution normale pour les entreprises publiques dont l'administration publique assure la gestion, surtout si celles – ci fonctionnent sous un régime analogue à celui des sociétés privées similaires. Néanmoins, cet auteur n'exclut pas que l'Etat fasse recours à certaines règles de droit administratif pour la gestion du personnel de l'entreprise publique⁽⁴⁶⁹⁾.

Partant de l'idée que la notion de gestion privée de l'entreprise publique était déjà présente dans l'ordonnancement juridique de la plupart des Etats africains actuellement parties au traité OHADA⁽⁴⁷⁰⁾, l'on peut affirmer que le problème de l'application de tel ou tel droit à l'entreprise publique, sans apparaître au grand jour dans les débats juridiques, n'est pas nouveau. Il était présent dans ces Etats où les règles du droit interne privé et public s'entremêlent et se heurtent quant à la gestion de l'entreprise publique. Dans ce cadre, l'on a observé que le droit applicable à l'entreprise publique ne dépend pas de l'autonomie formelle de ce droit, c'est-à-dire l'autonomie de sa source, mais de son autonomie foncière. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une loi émane de l'Etat propriétaire de l'entreprise qu'elle doit nécessairement lui être appliquée, mais parce qu'elle est constituée sous l'une des formes juridiques prévues par l'AUSC et GIE. L'on observe également que l'enchevêtrement du droit public et du droit privé dans le fonctionnement de l'entreprise publique que l'on essaiera de démontrer est dû également, sans nul doute, au caractère hétérogène⁽⁴⁷¹⁾ de celle-ci. Bien que l'AUSC et GIE jouisse des principes de primauté et d'effet direct, sa mise en œuvre dans le fonctionnement de l'entreprise publique commerciale requiert la collaboration de l'Etat soumis, par conséquent, au droit administratif.

Telle est « la curieuse alchimie »⁽⁴⁷²⁾, le « paradoxe »⁽⁴⁷³⁾ et « la contradiction fondamentale »⁽⁴⁷⁴⁾ dans laquelle doit évoluer l'entreprise publique et qui justifie la cohabitation des droits public et privé (Titre I). Cependant, Il ne faut pas en déduire que la cohabitation des deux droits se fera sans heurts; leur application sera certainement dépendante des aménagements juridiques à effectuer (Titre II).

⁽⁴⁶⁹⁾ J. LAMARQUE, *Recherche sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Bibl. de droit public, LGDJ, 1960. J. WALINE, *Droit public – Droit privé*, in *La pensée de Ch. Eisenmann*, Economica, p. 150. Selon lui, « on nomme gestion privée, ce recours de l'administration aux procédés juridiques de droit commun ».

⁽⁴⁷⁰⁾ Allusion faite aux textes spéciaux relatifs à la réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises appartenant à l'Etat. Cas de la Loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 au Togo ; Loi n° 86-7 du 21 mars 1986 au Mali ; Ord. N° 95/003 du 17 mai 1995 au Cameroun.

⁽⁴⁷¹⁾ L'hétérogénéité, du point de vue du droit applicable, de l'entreprise publique s'explique par son origine étatique, donc soumise au droit public et de sa soumission au droit privé tel que voulu par l'art. 1^{er} de l'AUSC & GIE.

⁽⁴⁷²⁾ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union*. Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, 1015, P. spécial, p. 1.

⁽⁴⁷³⁾ R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire*, Rennes, II. 1994, p. 2.

⁽⁴⁷⁴⁾ D. SIMON, « Les exigences de primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses. », *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à BOULOUIS*, 1991, p. 481, spéc. P. 484.

TITRE I : UNE COHABITATION JUSTIFIEE

La modernité, ce serait le progressisme, la rationalité organisée, « la mise en intrigue du présent, et la mise en carreau des pourtours »

Philippe DAGEN

Lorsque les Etats parties OHADA ont adopté le Traité du même nom dans une matière déterminée, ils sont, en principe, tenus de s'abstenir de toute mesure qui serait de nature à y apporter des dérogations ou à y porter atteinte⁽⁴⁷⁵⁾, même si la mesure unilatérale est de nature à servir de soutien à la politique commune de la communauté⁽⁴⁷⁶⁾. Le caractère presque complet de l'AUSC et GIE laisse peu de place aux mesures et disciplines étatiques. Ainsi, les prescriptions relatives à l'organisation commune présentent-elles sur plusieurs aspects, un caractère exhaustif qui exclurait d'autres mécanismes juridiques arrêtés unilatéralement par un Etat partie. Cette thèse développée en France par C. O. LENZ dans l'affaire C-249/91⁽⁴⁷⁷⁾ pouvait s'appliquer dans le cadre du droit OHADA. Cette thèse fait taire la complexité de la notion d'entreprise publique.

L'entreprise publique est habituellement considérée dans son unité, caractérisée par la personnalité juridique dont elle bénéficie, qui la rapproche pourtant, des personnes publiques auxquelles elle « appartient » et qui la dirigent. Son appartenance à l'Etat implique que celui-ci vérifie que l'entreprise publique applique correctement les règlements et même l'AUSC et GIE, et de peser par la suite sur les choix, d'orienter les investissements et de contrôler la stratégie de développement. Or pour jouer ce rôle, l'Etat actionnaire ne peut pas écarter les lois et règlements applicables au secteur public. Agissant comme une puissance publique dans l'entreprise publique, celle-ci se trouve soumise au droit administratif. L'on voit à ce niveau également que l'une des difficultés de la détermination du droit applicable à l'entreprise publique réside dans la confusion des rôles de l'Etat. Mais agissant comme un opérateur économique privé, l'entreprise publique est soumise à l'AUSC et GIE ainsi qu'à son actionnaire, ne laissant aucune place à un autre droit.

Afin de voir comment les deux droits se concilient et se contrarient à la fois au niveau du fonctionnement de l'entreprise publique, l'on va se tourner vers une réflexion qui permettra de démontrer que la force du lien organique tient l'entreprise dans le droit administratif (Chapitre I) mais que le droit administratif est incapable de s'appliquer lui seul à l'entreprise publique commerciale (Chapitre II).

⁽⁴⁷⁵⁾ CJCE, 2 février 1977, 50/76, *Rec.*, p. 137.

⁽⁴⁷⁶⁾ CJCE, 14 juillet 1988, 90/86, *Rec.*, p. 4285.

⁽⁴⁷⁷⁾ Affaire C-249/91 ; voir, *Rec.*, I, p. 787.

CHAPITRE I. LA FORCE DU LIEN ORGANIQUE

D'emblée, si l'on s'en tient à l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, les règles de droit administratif sont logiquement exclues du *corpus* juridique applicable à l'entreprise publique. Cependant l'adjectif « *public* » attribué à l'entreprise revêt un caractère particulier. Il met en exergue l'intervention ou la présence d'une personne morale de droit public dans la gestion de l'entreprise. La qualité de « *publique* » de l'entreprise ne peut donc laisser indifférent le juriste. Il est indéniable que ce qui est public est du ressort de l'Etat avec sa cohorte de lois, règlements et décrets qui lui sont propres. Il s'ensuit que la qualité de « *publique* » de l'entreprise oppose celle-ci à la qualité de « *privée* » des sociétés détenues par les particuliers. Cette opposition rend inadéquate l'application pure et simple de l'AUSC et GIE à cette entreprise. Il apparaît que le législateur africain en tranchant systématiquement en faveur de la « *sociétatisation* »⁽⁴⁷⁸⁾ de la vie de l'entreprise publique remet en cause la qualité « *publique* » de l'entreprise dont l'Etat, personne morale de droit public, détient les actions. L'on verra à partir des positions doctrinale et jurisprudentielle que la qualité « *publique* » de l'Etat actionnaire (Section I) influe inévitablement sur le droit applicable à son entreprise, d'autant plus que la séparation des fonctions de l'Etat puissance publique et de l'Etat actionnaire demeure incertaine (Section II).

SECTION I. La qualité « *publique* » de l'actionnaire

Les règles de l'AUSC et GIE interviennent en effet pour régir, entre autres, les rapports entre les actionnaires. Mais appliqué à la personne morale publique seule, tel que l'Etat, l'AUSC et GIE n'est plus apte pour régir seul par exemple, l'action des pouvoirs publics sur l'entreprise publique. Il est donc impérieux de faire appel aux règles de droit administratif pour gouverner certains aspects organisationnels de l'entreprise publique. Pour autant, les règles de l'AUSC et GIE ne peuvent pas être ignorées du fait du caractère public de l'entreprise.

En tout état de cause, la qualité de « *publique* » attachée à l'entreprise publique fait que sa forme commerciale n'est plus le critère certain et déterminant pour sa soumission pleine et entière à tel ou à tel droit. Sa nature publique joue également dans la détermination du droit qui doit lui être applicable. L'on observe en effet, que certains actes accomplis par l'Etat avant et après la constitution de l'entreprise publique relèvent du droit administratif (Pag. I), et qu'il est impossible de les privatiser tant qu'ils émanent de l'Etat (Pag. II).

Pag. I. Le caractère administratif des actes pris par l'Etat

L'entreprise publique, dans la plupart des Etats parties au Traité OHADA, est créée le plus souvent par un décret⁽⁴⁷⁹⁾ signé par le Président de la République et contresigné par le Premier Ministre ou le cas échéant, par les ministres concernés : celui de la tutelle

⁽⁴⁷⁸⁾ Expression utilisée dans le rapport d'information n° 42 du Sénat français ; G. LARCHER, *La Poste : opérateur public face à l'évolution technologique de la transformation du paysage postal européen, commission des affaires économiques et du plan, 1997-1998.*

⁽⁴⁷⁹⁾ V. cas du Togo art. 5 de la Loi 90-26 du 4 déc. 1990 *op. cit.*

technique et celui chargé de l'économie⁽⁴⁸⁰⁾. Or un décret ne peut être pris que par une autorité étatique et donc, ne peut avoir qu'un caractère administratif. Autrement dit, le caractère administratif de l'acte donnant naissance à l'entreprise publique est une évidence originelle (A) dont l'AUSC et GIE n'a pas fait cas (B).

A. Une évidence originelle

Du moment où l'entreprise publique émane de la manifestation de volonté d'une ou de plusieurs personnes de droit public, le bon sens voudrait que l'entité soit régie par le droit administratif auquel est soumis l'acte « créateur » de l'entreprise publique. Or, nous l'avons souligné, l'acte « créateur » (décret) de l'entreprise publique ne peut revêtir qu'un caractère administratif. Quant à savoir pourquoi, la réponse somme toute naturelle, est sans doute, qu'il est juridiquement admis qu'un acte pris par l'Etat, personne morale de droit public, soit un acte administratif ; il s'agit d'un principe. Il se révèle donc que le caractère administratif attaché à l'acte de constitution de l'entreprise est d'ordre organique.

Cependant, en prenant du recul, l'affirmation ci-dessus doit être vérifiée. En effet, il faut rappeler que ce principe souffre des dérogations : certains actes émanant des pouvoirs publics sont des actes privés⁽⁴⁸¹⁾, en raison du fait qu'ils sont liés à l'exercice de la gestion privée. En ce sens, les actes de nature administrative ayant servi à la création de l'entreprise publique, doivent être considérés comme des actes à caractère privé. Allant dans la même logique, puisque l'entreprise publique gère son fonds de commerce comme la société privée gère ses biens⁽⁴⁸²⁾, elle est de droit privé et soumise à l'AUSC et GIE. Dans ce cas, l'on sera amené à dire que le critère matériel l'emporte sur le critère organique. Ainsi l'entreprise publique gérant son fonds de commerce comme une société privée, le décret la créant ne doit pas être qualifié d'acte administratif. Selon les partisans⁽⁴⁸³⁾ de ce principe, en effet, le décret créant l'entreprise ne fait qu'organiser et régler une situation régie par le droit privé. Il s'ensuit donc que, même si l'acte pris par l'Etat pour créer une entreprise publique chargée d'exercer une activité commerciale, est administratif par nature, l'institution née de cet acte juridique, n'a point un caractère administratif, mais plutôt un caractère privé ; d'où sa soumission au droit privé.

Dans le cadre du droit OHADA, ceci peut justifier la position du législateur africain en faveur de l'application de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE à l'entreprise publique. Il en résulte aisément que la soumission de l'entreprise publique au droit OHADA n'est pas naturelle, mais seulement par adoption de techniques juridiques, de formes ou de solutions étrangères aux activités ordinaires de l'administration.

Dans la pratique, dès lors qu'une entreprise est née de la volonté unilatérale de l'Etat, le droit qui est applicable à celle-ci reste sujet à discussion. Au demeurant, l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE n'a pas tenu compte de l'origine des capitaux et de la nature juridique de

⁽⁴⁸⁰⁾ V. art. 69 et 80 de la Constitution togolaise du 27 sept. 1192 révisé par la Loi 2002-029 du 31 décembre 2002, www.legitogo.gouv.tg, Lois, règlements et jurisprudences du Togo.

⁽⁴⁸¹⁾ René CHAPUS, *Droit administratif*, op. cit. n° 707, p. 534.

⁽⁴⁸²⁾ R. CHAPUS, *Droit administratif*, t. 2, n° 631 et s.

⁽⁴⁸³⁾ Didier TRUCHER, *Droit administratif*, op. cit. pp. 224 et s. ; André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves, GAUDEMET, *Droit administratif*, manuel, 16^e éd., L.G.D.J. p. 30 et s.

l'acte qui crée l'entreprise publique. Pourtant, la nature juridique de l'Etat actionnaire et celle de l'acte constitutif de l'entreprise publique sont des éléments déterminants qui influent sur le choix du droit auquel est soumise celle-ci. C'est pourquoi selon certains auteurs⁽⁴⁸⁴⁾, si l'Etat est évidemment une personne morale de droit public, le choix du droit applicable aux entreprises qu'il crée apparaît beaucoup plus délicat ; car il n'existe pas un critère unique de choix du droit applicable à l'entreprise publique, mais un ensemble d'indices dont la nature et le poids permettent d'aboutir à ce choix. Ces indices sont relatifs à l'origine de la création de l'entreprise, à la procédure de cette création ainsi qu'à l'existence d'un contrôle de l'autorité administrative. Or, l'entreprise publique est une création de l'Etat (une personne morale de droit public), par décret (un acte administratif) et l'Etat exerce tout naturellement un contrôle sur l'entreprise publique par l'intermédiaire des dirigeants de l'entreprise publique qu'il nomme par décret également ou par arrêté qui sont des actes administratifs eux aussi. Il s'ensuit que le caractère administratif irrigue toutes les étapes de la vie de l'entreprise publique et qui force l'esprit à vouloir la soumettre également au droit administratif. Aucun problème ne se poserait si l'AUSC et GIE avait considéré les spécifications juridiques de l'Etat actionnaire et la procédure également spécifique de la création de l'entreprise publique ainsi que le régime exorbitant auquel l'Etat peut recourir dans le fonctionnement de son entreprise. Malheureusement, tout a été fait par le législateur africain comme si l'on pouvait mettre l'Etat et le particulier sur un pied d'égalité.

B. Le silence éloquent de l'AUSC et GIE

Si l'AUSC et GIE a cité l'entreprise publique ou du moins, la société commerciale dans laquelle un Etat ou une personne morale est associé, c'est tout juste pour annoncer sa soumission à cet Acte uniforme. En effet, nulle part une spécificité concernant l'entreprise publique n'a été évoquée par l'AUSC et GIE. Aucune référence expresse relative à sa procédure de constitution, à son fonctionnement ou à la procédure de sa dissolution n'est évoquée. Ceci démontre que l'AUSC et GIE ignore l'existence des actes devant concourir à la constitution de l'entreprise publique.

L'absence de référence aux actes administratifs dans l'AUSC et GIE n'est pas surprenant car :

- Dans un premier temps, de plus en plus nombreuses sont les règles de droit privé issues des actes uniformes en générale, qui n'excluent pas l'Etat des activités commerciales. L'Etat étant devenu un commerçant, il semble normal que toute notion de puissance publique n'apparaisse plus dans les rouages de l'entreprise publique désormais mise sur un pied d'égalité avec la société commerciale privée. Il s'agit donc d'un choix justifié. Cette option en faveur de l'extension maximale du champ d'application de l'AUSC et GIE en direction de l'entreprise publique d'une part et d'autre part, la non référence aux actes administratifs est faite, selon le Professeur Michel SAWADOGO, dans un but de protection et de promotion des relations d'affaires et d'instauration d'un espace juridique et judiciaire sain, transparent et favorable aux investissements⁽⁴⁸⁵⁾.

⁽⁴⁸⁴⁾ Voir, Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, op. cit. P. 84 et suiv.

⁽⁴⁸⁵⁾ Michel F. SAWADOGO, *Les actes uniformes de l'OHADA (aspects techniques généraux)*, www.ohada.com, ohadata D-05-40, p. 7.

- Dans un second temps, dans des Etats parties, les règles de l'AUSC et GIE bien que nouvelles, ne sont pas totalement étrangères à l'Etat actionnaire, puisque, nous l'avons souligné, les entreprises publiques, dans la plupart de ces Etats, étaient régies par les règles de droit privé. L'on estime que cette quasi-familiarité avec les règles existantes présente l'intérêt de faciliter l'acceptation et l'application de l'AUSC et GIE, quand bien même celui-ci ne fait aucune référence au caractère administratif des actes pris dans l'entreprise publique.

La non référence à la nature juridique des actes pris par l'Etat concourant à la constitution de l'entreprise publique par l'AUSC et GIE est, certes, une réalité. Toutefois, l'exception prévue par l'article 916 dudit Acte uniforme nous laisse perplexe quant à la notion d'actes administratifs dans la constitution de l'entreprise publique. En effet, cet article dont l'interprétation est plus ambiguë que complexe, parlant de sociétés à régime particulier, fait allusion, sans doute, notamment à l'entreprise publique et à toutes ses modalités de fonctionnement. Ainsi, le régime particulier peut s'entendre comme, par exemple, à la création de l'entreprise par décret ; alors même que l'AUSC et GIE ne parle pas de décret dans la procédure de constitution des sociétés. Considéré comme régime particulier, le décret est accepté comme mode de création de l'entreprise publique. Celui-ci n'étant pas contraire aux dispositions de l'AUSC et GIE, il s'applique. Il s'agit d'une reconnaissance implicite des actes administratifs par l'acte uniforme, même si ceux-ci lui sont étrangers. Il faut tout de même noter que le silence du droit communautaire sur les actes administratifs dans l'entreprise publique force la pratique à ignorer que l'Etat actionnaire répond le plus souvent à des objectifs et à des impératifs de nature particulière hors du droit commun des sociétés⁽⁴⁸⁶⁾.

Pag. II. L'impossible privatisation des actes administratifs dans l'entreprise publique

Vu de l'AUSC et GIE, l'origine publique de l'entreprise n'est pas un élément déterminant pour justifier l'application du droit administratif. Ceci répond à l'idée de M. DESPAX⁽⁴⁸⁷⁾, selon qui l'on observe que le caractère « public » de l'entreprise publique n'est guère plus précis, en cela, il ne peut pas, sur le plan juridique, être opposé à l'entreprise privée dont il revêt la forme. Face à cet état de fait, le dispositif juridique mis en place par l'AUSC et GIE paraît inadapté et inefficace pour le fonctionnement de l'entreprise publique. Ainsi, est-il logique et adéquat que les actes pris par l'Etat pour la constitution de l'entreprise publique et pour son fonctionnement soient régis par l'AUSC et GIE. Seule l'entreprise publique elle-même acquiert un caractère privé (A) par la volonté de l'Etat à travers les statuts de celle-ci (B).

A. Le caractère privé de l'entreprise publique mis à mal

Une fois que l'on n'a pas exclu l'entreprise publique du champ d'application de l'Acte uniforme, ou n'y a pas inclus des règles spécifiques la concernant ; l'entreprise publique telle que voulue par le législateur de l'OHADA demeurera une personne morale de droit privé. En tout état de cause, l'AUSC et GIE n'a fait que poser ses règles et principes ; il est évident qu'il appartient à toute personne physique ou morale de s'engager

⁽⁴⁸⁶⁾ V. OHADA, *Droit des sociétés commerciales et du GIE*, commentaires, EDICEF/Edition FFA, p. 1.

⁽⁴⁸⁷⁾ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse Paris, 1957.

volontairement à créer ou à participer à la création d'une société commerciale. Ainsi, l'Etat en s'engageant à constituer son entreprise sous la forme d'une SA par exemple, accepte implicitement de perdre ses prérogatives de puissance publique avec comme conséquence la privatisation de l'entreprise publique. Si l'on adopte une démarche qui consiste à dire ce que n'est pas une entreprise publique, il aboutira au résultat que l'AUSC et GIE s'applique à elle parce que l'Etat actionnaire a choisi qu'elle soit commerciale. Le respect par l'Etat de son engagement, comme le dit DELION, est d'ordre national aussi bien qu'international⁽⁴⁸⁸⁾.

Réalité d'ordre juridique, il est inévitable que l'entreprise publique soit régie selon les principes juridiques du milieu juridique dont elle fait partie intégrante. Aussi bien l'entreprise publique est-elle en principe, régie par les dispositions de l'AUSC et GIE, applicables aux sociétés privées. Mais, il ne s'agit que d'un principe qui connaît des dérogations sans lesquelles le caractère public de l'entreprise publique perdrait tout son sens⁽⁴⁸⁹⁾. Ces dérogations se manifestent par exemple, dans le fonctionnement de l'entreprise publique par la prise de décisions ou d'engagements par ses dirigeants avec les tiers. La doctrine et la jurisprudence françaises reconnaissent que ces décisions et engagements, bien que pris en dehors de l'exercice des prérogatives de puissance publique, émanant des autorités publiques ; en considération du critère organique, ils prennent l'allure d'actes de puissance publique⁽⁴⁹⁰⁾. C'est ainsi que dans une convention entre l'Etat actionnaire et l'entreprise publique, il peut apparaître des clauses exorbitantes de droit commun⁽⁷⁹¹⁾. Cette qualification, bien que discutable tient du critère organique⁽⁴⁹²⁾, laissant de côté l'objet de la convention. Ce serait le cas par exemple, d'une clause qui conditionnerait la caution de l'Etat, lors d'une convention de prêt entre l'entreprise publique et un tiers, par l'attribution de la totalité des dividendes à l'Etat actionnaire, au détriment des obligataires ou sans constitution de réserves légales. D'une manière générale, une telle clause exprime une inégalité des parties au profit de la personne morale de droit public. C'est aussi le cas par exemple, d'une clause contractuelle qui autoriserait la personne publique de modifier ou de résilier unilatéralement une convention, même sans faute de la personne privée contractante⁽⁴⁹³⁾. Une telle clause est le propre de l'administration publique et pour cette raison, ne peut être considérée que comme un acte administratif.

Outre les clauses exorbitantes qui subsistent dans la gestion de l'entreprise publique, le maintien des dispositions particulières dans les lois nationales, peut permettre à l'Etat actionnaire dans l'organisation de son entreprise de prendre des décisions de nature

⁽⁴⁸⁸⁾ (A.) DELION, « Le contrôle des entreprises publiques », *Droit social*, 1959, p. 1 et p. 265 ; du même auteur : *La notion d'entreprise publique* », *AJDA*, n° 4, avril 1979, p. 3. Egalement : *Les participations financières des entreprises publiques* », *Revue Gestion*, 1975, p. 6.

⁽⁴⁸⁹⁾ LAUBADERE (A. de). — *Droit public économique*, Dalloz, 1974. *Traité de droit administratif* (3^e édition, tome IV), LGDJ, 1977.

⁽⁴⁹⁰⁾ TC 21 mars 1983, UAP, R. 357, D. 1984, 33, note G. HUBRECHT et J-B ; AUBY, *AJDA*, 1983, 356, concl. D. LABETOUILLE, RA, 1983, 356, note B. PACTEAU.

⁽⁷⁹¹⁾ Est exorbitante du droit commun, la clause qui sort du droit privé, c'est-à-dire une clause qui y serait illicite ou qui y est simplement inhabituelle. CE, 4 mars 1910, Théron, GAJA, n° 21 ; v. Epx Bertin et Min. de l'Agr./Cts

⁽⁴⁹²⁾ Grimouard, GAJA, n° 74, GD, p. 526. TC, 22 janvier 1921, GAJA, n° 37, GD, p. 359 ; J.F. LACHAUME, *droit administratif*, 13^e éd. PUF, p. 6.

⁽⁴⁹³⁾ CE, 31 juill. 1912, Soc. Des granits porphyroïdes des Vosges, GAJA, n° 26, GD, p. 532.

purement administrative. Tel est le cas à propos des actes de nomination des organes de contrôle et de la désignation des dirigeants de l'entreprise publique ; pourvu que ces décisions ne se révèlent pas contraires aux dispositions d'ordre public de l'Acte uniforme.

En définitive, pour les besoins de l'Etat, il ne peut être autrement que d'admettre la subsistance des actes à caractère administratif. Que l'on le veuille ou pas, la subsistance des actes administratifs dans l'entreprise publique est une réalité. Ce qu'il faut retenir est que dans l'entreprise publique, l'Etat ne peut exercer ses fonctions régaliennes que si celles-ci ne sont pas en contradiction avec les dispositions de l'AUSC et GIE.

B. Un engagement voulu par l'Etat à travers les statuts

L'AUSC et GIE donne une force obligatoire aux statuts (1) malgré leur caractère particulier pour ce qui est de l'entreprise publique (2).

1) La force obligatoire des statuts dans l'entreprise publique

La signature des statuts scelle l'engagement de l'Etat actionnaire; ces derniers constituent un pacte social⁽⁴⁹⁴⁾. Ils affermissent la volonté de l'Etat actionnaire pour ce qui concerne l'entreprise publique unipersonnelle. Ils sont la loi pour ses signataires. En ce sens, ils ont autorité à l'égard de l'Etat et des dirigeants sociaux. Dès lors, tout acte de l'Etat actionnaire en direction de l'entreprise publique tendant à imposer une règle autre que celle contenue dans les statuts, est nulle. Tel est la volonté de l'Etat en créant une entreprise commerciale dans l'espace OHADA.

Constituant une loi pour l'Etat actionnaire, les statuts sont une référence dans toutes les décisions, qu'il doit prendre. Quelle que soit la nature d'un acte émanant de l'Etat actionnaire, il ne peut s'appliquer tant qu'il est contraire aux clauses des statuts. C'est ainsi par exemple, que l'Etat actionnaire ne peut, par une décision administrative unilatérale, céder son entreprise à une tierce personne sans suivre la procédure prévue par l'AUSC et GIE. La cession est faite dans l'entreprise publique pluraliste dans le respect du principe du consentement des autres actionnaires si les statuts contiennent une clause d'agrément⁽⁴⁹⁵⁾. Dans l'entreprise publique, l'on ne peut évoquer un quelconque consentement puisque l'Etat est seul actionnaire. Dans ce cas, la décision de céder l'entreprise publique est opposable aux droits des tiers contenus dans les statuts. Ceci se conçoit car, les règles afférentes au fonctionnement de l'entreprise publique consignées dans les statuts⁽⁴⁹⁶⁾, relèvent de la gestion privée du domaine privé de l'Etat et non de son domaine public⁽⁴⁹⁷⁾ puisqu'avec l'AUSC et GIE, l'entreprise publique est désormais

⁽⁴⁹⁴⁾ Pas dans le sens d'un engagement de plusieurs actionnaires ; mais une sorte de conduite interne à l'entreprise publique.

⁽⁴⁹⁵⁾ v. art. 765 de l'AUSC et GIE.

⁽⁴⁹⁶⁾ René CHAPUT, *Droit administratif général*, t. 2, n° 631.

⁽⁴⁹⁷⁾ Le domaine public d'une personne publique est constitué, sauf dispositions législatives spéciales, des biens qui appartiennent à cette personne publique. Ils sont affectés à l'usage direct du public ou sont confiés à un service public après avoir fait l'objet d'un aménagement qui tienne compte des missions de ce service public. Les biens du domaine privé quant à eux sont constitués par l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers dont l'Etat est propriétaire et ne font pas partie de son domaine public.

détachée de l'Etat et jouit totalement de son l'autonomie⁽⁴⁹⁸⁾, même si celle-ci n'est que de façade.

En effet, dans l'entreprise publique unipersonnelle, les statuts sont plutôt un acte unilatéral de droit privé (et non un contrat) régissant à la fois l'organisation de l'entreprise et les rapports de celle-ci avec l'Etat actionnaire et les tiers. Acte de volonté d'une seule personne, les statuts de l'entreprise publique, ne sont pas établis selon le bon vouloir de l'autorité publique⁽⁴⁹⁹⁾; au contraire, ils sont établis selon les règles issues de l'AUSC et GIE. Ils doivent respecter les dispositions de l'Acte uniforme. En ce sens, ce sont eux qui s'imposent à l'Etat devenu « un simple sujet de droit ».

La signature du décret par les autorités étatiques représentant l'Etat actionnaire sonne l'heure de la création de l'entreprise publique. Le décret, acte administratif unilatéral par excellence, produit des effets de droit. Il est l'expression de volonté vivante de l'Etat⁽⁵⁰⁰⁾. Ainsi pour l'entreprise publique, dira-t-on qu'elle naît deux fois : par la signature du décret et par la signature des statuts. Dans tous les cas, les deux actes sont des actes unilatéraux établis par l'Etat. Mais ce qui nous préoccupe dans le présent sous-titre, est ce qui est prévu par l'AUSC et GIE dans les étapes de la constitution de l'entreprise publique ; il s'agit des statuts qui constituent d'ailleurs, la base juridique de l'entreprise publique qui ne se forme pas en l'air⁽⁵⁰¹⁾.

2) Le caractère particulier des statuts de l'entreprise publique

Il est évident que les statuts de l'entreprise publique, comme ceux des autres sociétés commerciales doivent être établis par acte notarié⁽⁵⁰²⁾ et contenir les mentions traditionnelles énoncées par l'article 13 de l'Acte uniforme⁽⁵⁰³⁾. Ils doivent être signés par tous les représentants de l'Etat. La question que soulèvent les statuts signés par l'Etat actionnaire unique est celle de leur qualification. Leur caractère contractuel, en effet, est remis en cause par l'unicité de l'actionnaire et confère à l'entreprise publique un caractère institutionnel. Ceci remet en cause du coup, dans l'entreprise publique, la prise en compte de la notion d'intérêt commun qui devrait présider à la création de toute société.

⁽⁴⁹⁸⁾ V. sup. P. 41 et Suiv.

⁽⁴⁹⁹⁾ Y. CHAPUT, *La liberté et les statuts*, Rev. Soc. 1989, 361 ; LEDOUX et MICHEL, *Les statuts, instrument de pouvoir et outils de gestion*, Mélanges de Valkeneer, 2000, 295. V. T. confl., 15 janv. 1968, Cie Air France c/ Epoux Barbier, Rec. P. 789.

⁽⁵⁰⁰⁾ Il faut rappeler que l'acte administratif n'est pas l'apanage des personnes publiques ; les personnes morales de droit privé chargées de mission de service public et qui ont reçu à cette fin des prérogatives de puissance publique peuvent prendre des actes administratifs (cas des CNSS). J-F. LACHAUME et H. PAULIAT les nomment « secteur administratif privé », v. GD, p. 248.

⁽⁵⁰¹⁾ THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., n° 689.

⁽⁵⁰²⁾ Article 10 de l'AUSC et GIE.

⁽⁵⁰³⁾ Les mentions obligatoires énumérées sont : la forme de l'entreprise, sa dénomination suivie, le cas échéant, son sigle (pour l'entreprise publique l'on exige parfois que la dénomination soit suivie de la mention « Société d'Etat »), la nature et le domicile de son activité, son siège sa durée, l'identité des apporteurs en numéraires, l'identité des apporteurs en nature (qui ne peut se faire qu'en jouissance par l'Etat), l'identité des bénéficiaires d'avantage particuliers et la nature de ceux-ci, le montant du capital social, le nombre et la valeur des titres sociaux, les stipulations relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves et la constitution du boni de liquidation et les modalités de son fonctionnement.

En effet, dans l'entreprise publique unipersonnelle les statuts ne peuvent être qu'un acte juridique unilatéral au service de l'Etat actionnaire et non un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil. Le fait que les statuts d'une entreprise publique soient signés par plusieurs représentants de l'Etat ne peut justifier leur classement dans la catégorie des contrats. Certes, c'est la présence d'une seule signature qui exclut que l'acte soit un contrat, mais aussi la présence de plusieurs signataires n'exclut pas que l'acte signé soit un acte unilatéral. Par exemple, un arrêté interministériel signé par plusieurs ministres est unilatéral car il émane de la volonté d'une seule personne morale, l'Etat⁽⁵⁰⁴⁾, au nom duquel les signataires ont agi. Ce qui veut donc dire que, si tout contrat résulte nécessairement d'un accord de volonté de plusieurs personnes, tout accord de volonté ne débouche pas nécessairement sur un contrat. Tel est le cas des statuts de l'entreprise publique. Malgré qu'ils soient signés par plusieurs représentants de l'Etat actionnaire, ils sont l'expression d'une seule personne qui n'est autre que l'Etat. En cela l'on peut dire par rapport aux statuts de l'entreprise publique que s'il y a engagement (vis-à-vis des tiers), il n'y a pas d'accord, puisque l'Etat est seul actionnaire. D'ailleurs G. RIPERT et R. ROBLOT⁽⁵⁰⁵⁾ vont plus loin. Pour eux en effet, même dans les sociétés anonymes avec plusieurs actionnaires, il est impropre de parler de contrat quand il s'agit des statuts. Quand on construit le droit des sociétés anonymes sur la notion de contrat, on considère les statuts comme étant l'acte de société. Les actionnaires en votant les statuts échangent leur consentement. Tel n'est pas le cas de l'entreprise unipersonnelle. En réalité, un droit statutaire est l'opposé d'un droit contractuel. La preuve en est que dans les sociétés anonymes pluripersonnelles, la signature des statuts n'est qu'une approbation de ceux-ci et non un contrat à proprement parler. L'on en a pour preuve que quand il s'agit de modifier les statuts aux cours de la vie sociale, la majorité suffit. S'il s'agissait réellement d'un contrat, l'AUSC et GIE exigerait, à tout point de vue, l'unanimité⁽⁵⁰⁶⁾.

Tout bien considéré, la nature « publique » de l'Etat actionnaire influence sur la nature juridique des actes qu'il prend dans le cadre de la gestion de l'entreprise publique, pourtant privatisée par l'AUSC et GIE. L'on constate que le décret de création de l'entreprise publique, tout comme ses statuts sont originellement des actes administratifs. Si cette nature juridique leur est attachée du fait qu'ils sont une émanation de l'Etat, personne morale de droit public, ils gardent leur fonction de fondement juridique de l'existence de l'entreprise publique commerciale et l'expression de la volonté unilatérale de l'Etat de se soumettre aux dispositions de l'AUSC et GIE.

SECTION II. L'incertaine séparation des fonctions de l'Etat puissance publique et de l'Etat actionnaire

L'Etat joue plusieurs rôles et ces rôles ont été souvent confondus dans l'organisation de l'entreprise publique. L'on observe que la confusion des fonctions de l'Etat s'est faite le plus souvent au détriment de la fonction de l'Etat actionnaire reléguée au second plan. Or la notion d'entreprise publique est liée à la présence de l'Etat dans cette entreprise. Ignorer donc les fonctions d'actionnaire serait, transformer l'entreprise publique en une

⁽⁵⁰⁴⁾ Didier TRUCHET, *Le droit administratif des contrats*, L. CADIET, dir., *Economica*, 1987, p. 185.

⁽⁵⁰⁵⁾ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, op. cit. N° 1474, p. 292.

⁽⁵⁰⁶⁾ L'interprétation combinée des articles 553 et 554 de l'AUSC et GIE, relève le quorum exigé pour permettre à l'AGE de délibérer : la moitié des actions sur première convocation et le quart sur deuxième ou troisième convocation. Quant aux conditions de majorité, il faut la majorité des deux tiers des voix exprimées.

excroissance de l'administration publique où l'Etat reste détenteur d'importantes prérogatives politiques et financières⁽⁵⁰⁷⁾. Dans le même temps, la réforme du droit des sociétés, telle que mise en œuvre par l'AUSC et GIE semble ne pas reconnaître à l'Etat actionnaire, au moins en apparence, aucune spécificité.

Parce qu'elle met en jeu des fonds publics, la gestion de l'entreprise publique doit s'opérer dans le respect des règles du droit budgétaire et de la comptabilité publique, *a priori* fort éloignées de la logique actionnariale du droit OHADA qui requiert souplesse et rapidité. Contrairement à la position de ARTHUIS⁽⁵⁰⁸⁾, l'approche patrimoniale reste présente chez l'Etat pouvoir, en même temps qu'elle constitue un élément fondamental pour l'Etat actionnaire. Ceci démontre que la dissociation des fonctions de l'Etat pouvoir et de l'Etat actionnaire doit être réelle. Elle doit être considérée comme caractéristique de la gouvernance d'entreprise moderne⁽⁵⁰⁹⁾. Dans la pratique et dans une moindre mesure, l'Etat joue son rôle d'actionnaire dont les fonctions identifiables dans l'entreprise publique (Pag. I) sont un atout pour la gouvernance de entreprise qui demande de plus en plus une séparation des fonctions dans l'entreprise (Pag. II).

Pag. I. Les fonctions de l'Etat actionnaire identifiables

L'entreprise publique doit s'inscrire dans le cadre réglementaire qui assure à la fois l'efficacité de la gestion de l'entreprise, la garantie de l'accomplissement des missions d'intérêt général⁽⁵¹⁰⁾, l'efficacité du système économique et la concurrence loyale avec les autres sociétés commerciales intervenant sur le même marché. Toutes ces exigences supposent que l'Etat actionnaire assume à la fois les fonctions d'actionnaire, de tutelle et de régulateur. L'exercice de ces fonctions suppose à leur tour une transparence de ces différentes fonctions qui sont traditionnellement mêlées sinon, confondues dans l'organisation de l'entreprise publique. Pour un meilleur encadrement de l'entreprise publique, il est indispensable d'adapter les prérogatives et les devoirs de l'Etat actionnaire (A) tout en écartant les fonctions de puissance publique (B).

A. Les prérogatives et les devoirs de l'Etat actionnaire par adaptation

La détention par l'Etat des actions du capital social d'une entreprise publique lui confère certainement la qualité d'actionnaire avec des prérogatives (1) et des devoirs (2) encadrés.

1) L'exercice des prérogatives de l'Etat actionnaire par adaptation

⁽⁵⁰⁷⁾ CARTIER-BRESSON (2010, p. 1) cité par Wadoud LAWANI, *Approche pour l'amélioration de la gestion et du suivi des participations de l'Etat en République du Bénin*, Université Abomey-Calavi, 2012, p. 1.

⁽⁵⁰⁸⁾ J. ARTHUIS, *Rapport pour la mise d'un terme à la situation de déficit public excessif en France (E 305) et n° 33 sur le contrôle budgétaire et compte économique*, 1994, www.senat.fr du 15 septembre 2014.

⁽⁵⁰⁹⁾ V. Le « Code of best Practice » du Comité CADBURY (Rapport décembre 1992) recommande cette séparation des fonctions, cas des Etats-Unis et du Canada. Egalement, en Belgique, deux codes de « corporate governance », largement diffusés mais qui n'ont pas de valeur légale : le code Buysse et le code belge de gouvernance d'entreprise (2009).

⁽⁵¹⁰⁾ Jean-Yves CHENOT, *Droit public économique*, op.cit. p. 533 et suiv.

En application des dispositions de l'AUSC et GIE, les prérogatives de l'Etat actionnaire sont calquées sur celles des actionnaires privés. Ainsi, les pouvoirs publics comme un particulier actionnaire, définissent la politique de l'entreprise publique et disposent du pouvoir de nommer les organes de direction et de contrôle de l'entreprise publique.

La définition des objectifs et de la stratégie de l'entreprise publique relèvent, bien sûr, des prérogatives normales d'un actionnaire, qu'il soit privé ou public. A ce titre, il n'y a pas lieu de s'étonner que l'Etat actionnaire décide souverainement, quels que soient les moyens juridiques utilisés, de ses objectifs stratégiques. Cependant, nul doute que la nature « publique » de l'actionnaire doive imprimer une coloration particulière aux objectifs poursuivis. Ils doivent par exemple, tenir compte à fois de l'intérêt social et de l'intérêt général⁽⁵¹¹⁾.

La désignation des organes sociaux constitue une autre prérogative de l'actionnaire où, la distinction entre actionnaire public et actionnaire privé relève plus de la forme que du fond. Dans l'entreprise publique, les membres du conseil de surveillance sont nommés indirectement par décret par le Président de la République, ceux du conseil d'administration et le commissaire aux comptes sont nommés par arrêté ou par décret sur proposition du conseil de surveillance. Or selon l'article 419 de l'AUSC et GIE, les premiers administrateurs sont désignés par les statuts ou par l'assemblée constitutive et en cours de vie sociale, par l'AGO, et que, selon l'alinéa 3 du même article, toute nomination intervenue en violation des dispositions dudit article, sont nulles. Etant considéré comme une assemblée générale, le conseil de surveillance joue le rôle de celle-ci dans l'entreprise publique. Ainsi, l'on n'en déduira pas que les nominations des administrateurs dans l'entreprise publique sont nulles, puisque n'ayant pas été désignés par une AG. Ainsi, le mode de désignation des dirigeants sociaux dans l'entreprise publique est fait par adaptation.

Il est bien entendu que la difficulté qui peut surgir dans l'entreprise publique peut résulter du fait que le choix des dirigeants émane des organes politiques. Le risque existe que leur nomination intervienne sur des critères plus politiques que professionnel, car comme le soutient A. AMMAR⁽⁵¹²⁾, l'organisation des pouvoirs et leur répartition au sein de l'entreprise publique n'est, dans une large mesure, que le fruit de l'environnement socio-politique et culturel. En effet, l'entreprise ne vit pas de manière déconnectée de cet environnement, notamment l'environnement politique. Elle en produit, par conséquent en grande partie, la logique et les mécanismes d'organisation des structures des pouvoirs publics.

2) Les devoirs de l'Etat actionnaire adaptés

D'une façon générale, l'actionnaire est le pilier de toute société anonyme pour la simple et juste raison qu'il a contribué, par son apport à constituer le mécanisme juridique « perfectionné »⁽⁵¹³⁾ qui a été mis en place. A ce titre, il a des droits qu'on ne saurait lui

⁽⁵¹¹⁾ Voir *supra* p. 71 et suiv.

⁽⁵¹²⁾ Anne AMMAR, *Le nouveau management public ; avantages et limites*, Coll. Logiques juridiques, Harmattan, 1998.

⁽⁵¹³⁾ Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial, les sociétés commerciales*, Tome I, vol. 2, 18^e éd. n° 1504, p. 305.

retirer contre sa volonté. Il dirige seul son entreprise publique par l'intermédiaire de ses représentants. Cette direction se confond, à certains égards, avec l'exercice du droit de propriété et, quand le pouvoir n'est pas exercé par le propriétaire lui-même, il l'est en son nom et pour son compte⁽⁵¹⁴⁾ par des tiers.

En créant l'entreprise publique dans l'espace de l'OHADA, les pouvoirs publics adhèrent implicitement au principe de la réalité de l'actionnariat public. Dans cette logique, ils proclament le principe de l'autonomie de gestion de l'entreprise publique qui s'impose à eux. Ainsi, l'Etat actionnaire ne doit-il pas s'immiscer dans la gestion de l'entreprise publique par des voies contournées que celles prévues par l'AUSC et GIE. Pour autant, le respect de l'autonomie de gestion ne signifie pas que l'Etat actionnaire ne puisse pas intervenir dans la définition de la stratégie de l'entreprise publique. Cette fonction de l'Etat dans l'entreprise publique, s'appuie sur les systèmes d'incitation et de surveillance censés être accomplis d'ailleurs, par tout actionnaire⁽⁵¹⁵⁾, laissant ainsi aux dirigeants sociaux le soin d'exercer la fonction décisionnelle.

Ces diverses attitudes sont communes à toutes les sociétés commerciales. Cependant, le statut d'entreprise publique emporte des contraintes particulières liées à l'Etat actionnaire, personne morale de droit public. Par exemple, la dispersion de la tutelle pour l'entreprise publique qui n'a finalement pas un interlocuteur unique. Toutes les tutelles (technique et économique) interviennent, chacune de son côté, parfois, sans concertation. L'on s'aperçoit que le dispositif relatif à la représentation de l'Etat dans l'entreprise publique note, en effet, clairement comment l'Etat, tout en s'accommodant du cadre fixé par le droit des sociétés OHADA et en essayant d'agir dans sa logique, la vide de sa substance et la soumet parfois, à l'administration publique.

L'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE a amélioré considérablement la situation des actionnaires, en général, en réaménageant certains de leurs droits traditionnels et en leur reconnaissant de nouveaux droits⁽⁵¹⁶⁾. Le législateur OHADA a introduit par exemple, dans sa rédaction la sécurité juridique dans les rapports des actionnaires avec leur société. Traditionnellement tout actionnaire a le droit de participer aux décisions collectives, même contre la société⁽⁵¹⁷⁾ et de profiter des bénéfices. Avec la consécration de l'entreprise unipersonnelle par l'AUSC et GIE, il apparaît que l'Etat actionnaire exerce, comme un actionnaire ordinaire, en plus des droits traditionnels, un droit de propriété sur son entreprise. Ceci ne doit pas faire oublier les obligations de l'Etat actionnaire qui sont communes à tous. Tout ceci fait de l'Etat, maître de son entreprise.

⁽⁵¹⁴⁾ Louis VOGEL, *op. cit.* N° 260, p. 211.

⁽⁵¹⁵⁾ Gérard CHARREAUX, *Les théories de la gouvernance : de la gouvernance des entreprises à la gouvernance des systèmes nationaux (Corporate Governance Theories : From Micro Theories to National Systems Theories)* Cahier du FARGO n° 1040101 Version révisée - Décembre 2004. P. 1.

⁽⁵¹⁶⁾ Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, *Article sur la réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie, conf. Donnée à Nantes, le 16 mai 2002.*

⁽⁵¹⁷⁾ Michel GERMAIN, *op. cit.* N° 1391, p. 257. *Les droits de vote, de communication des documents à tout moment, aux dividendes, action individuelle, action sociale étaient reconnus à tous les actionnaires.*

B. Les fonctions de puissance publique écartées

L'idée de puissance publique représente le pouvoir de commandement unilatéral qui permet à l'Etat d'imposer ses décisions aux sujets de droit et d'en obtenir, le cas échéant, l'exécution par la contrainte⁽⁵¹⁸⁾. Cette notion est, en réalité, inadaptée à l'usage commercial, encore moins à être utilisée comme attribut d'un actionnaire. Pourtant l'on constate que l'expression de la puissance publique est perceptible dans le comportement de l'Etat actionnaire ; d'où l'intérêt de chercher à identifier cette notion dans la gestion de l'entreprise publique (1) avant de voir qu'elle est incarnée par les tutelles (2).

1) La notion de puissance publique perceptible dans la gestion de l'entreprise publique

Tel que définie ci-dessus, l'on observe que la puissance publique n'est pas inscrite dans l'AUSC et GIE. Mais à observer de près, l'on retrouve ses traces dans l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE qui l'évoque de façon lapidaire, en parlant de « l'Etat » ou de « la personne morale de droit public ». Alors même qu'elle n'est pas inscrite dans l'Acte uniforme, il est indéniable qu'elle est une notion fondamentale et irréductible qui innerve le comportement de l'Etat dans l'entreprise publique. Elle irrigue par exemple, l'ensemble des fonctions dévolues aux organes sociaux de l'entreprise publique. L'idée de puissance publique entretient des liens consubstantiels avec la notion d'Etat. Il est donc impossible de parler de l'Etat actionnaire sans se référer à la puissance publique. L'on peut prendre l'exemple de la procédure de nomination des dirigeants sociaux. A preuve, les dirigeants sociaux de l'entreprise publique sont tous nommés par l'Etat actionnaire suivant une procédure non prévue par l'AUSC et GIE, mais admise en droit administratif et par voie de corollaire, ils adoptent, le plus souvent, la même culture et les mêmes méthodes de gestion que les responsables politiques. D'ailleurs, à ce sujet, certains auteurs ont fait observer que la connexion entre le milieu politique et celui de l'entreprise publique est très étroite et la circulation fluide⁽⁵¹⁹⁾. Certains vont plus loin pour affirmer qu'il est fréquent de voir tel ou tel chef d'entreprise publique quitter ses fonctions pour être chargé de haute responsabilité politique, notamment ministérielles⁽⁵²⁰⁾. L'on comprend que l'interaction entre l'univers politique et celui de l'entreprise publique est incontestable ; car les dirigeants sociaux de l'entreprise tirent leur autorité de l'Etat, ou empruntent à celui-ci l'un de ses attributs essentiels : « le pouvoir de commander »⁽⁵²¹⁾, le pouvoir d'exercer les prérogatives de puissance publique dans l'entreprise publique.

A l'aune de ces observations, l'on remarque que c'est à travers la tutelle que s'exprime la puissance publique.

⁽⁵¹⁸⁾ Charlotte DENIZEAU, *l'idée de puissance publique à l'épreuve de la puissance publique*, op. cit. P. 5.

⁽⁵¹⁹⁾ T. CHRISTENSEN et P. LAEGRIED, *The new public management; practice*, Aldershot, Ashgate, 2011, p. 364. V. A. BARTOLI, *Le mangement dans les organisations publiques*, Paris, france, Dunod, p. 419. R. HENRY, « A public management for All season », *public administration*, 69, 1, 3-19.

⁽⁵²⁰⁾ Mustapha Be LETAÏEF, *L'Etat et les entreprises publiques en Tunisie*, l'Harmattan, google book, 2014, p. 1., ref. Alhousseini MOULOUL, *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA, l'exemple du Niger*, LGDJ, Coll. Thèse. 2005.

⁽⁵²¹⁾ G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954, n ° 8.

2) Le maintien de la puissance publique incarnée par la tutelle

L'on ne peut pas envisager une entreprise publique sans tutelle. Toute entreprise est rattachée, comme nous le disions plus haut, à la tutelle de gouvernement par le biais des ministres. Elle a son fondement qui d'ailleurs, à certains égards, fait écran à l'entreprise publique par son poids dans le fonctionnement de celle-ci. En ce sens, par leur effectivité dans l'entreprise publique, Paul REVERDY, en France, refuse le nom « entreprise » à l'entreprise publique et juge comme « un mensonge dangereux »⁽⁵²²⁾ cette appellation reconnue à cette entité étatique ; car du fait du poids des tutelles, l'entreprise publique devient un simple organisme qui ne détermine pas lui-même ni sa politique tarifaire, ni sa politique d'effectif, ni sa politique d'investissement. Ceci revient à dire que la tutelle pèse sur l'entreprise publique comme sur ses actes et à tous les niveaux (conseil d'administration, comité d'entreprise et la direction) et à tous les stades (délibération, décisions, contrats), un pouvoir discrétionnaire⁽⁵²³⁾, qui au demeurant, n'est que l'expression de la puissance publique.

Emanation de l'Etat, l'on observe que les tutelles sont à la fois l'ensemble des mécanismes par lesquels l'Etat vérifie que les règlements ont été correctement appliqués par l'entreprise publique et le pouvoir de l'Etat actionnaire de peser sur les choix, d'orienter les investissements et de contrôler la stratégie de l'entreprise publique. Dans ces mécanismes de contrôle, de choix et d'orientation dans l'entreprise publique, l'Etat n'hésite pas, au besoin, à se prévaloir de la puissance publique qui constitue d'ailleurs un des éléments constitutifs de sa définition.

Le risque de l'omniprésence de l'Etat dans l'entreprise publique par le biais des organes tutélaires est que les dirigeants sociaux, conseil d'administration par exemple et de direction perdent leur légitimité. Or, en considération des règles de droit des sociétés OHADA, c'est à ceux-ci qu'il appartient de diriger l'entreprise publique. Dans la pratique, l'on observe que l'essentiel du pouvoir est cristallisé autour du contrôle gouvernemental et les pouvoirs du conseil d'administration sont restreints au profit de la tutelle incarnée par le conseil de surveillance. Partant de cette réalité, A. AYANGMA Joseph a pu dire que le véritable dirigeant de l'entreprise publique n'est pas nécessairement celui qui trône au sommet de la pyramide sociétale ; le dirigeant officiel connu n'est qu'un manager officiellement consacré⁽⁵²⁴⁾. Le véritable dirigeant, c'est-à-dire celui qui détient le pouvoir et l'exerce directement dans l'entreprise publique serait la tutelle effective « en veilleuse ». C'est ce dernier qui décide et fait prévaloir sa rationalité au dirigeant officiel qui se charge de l'appliquer. Celui-ci devient donc une sorte d'agent d'exécution, à défaut d'être spectateur de l'exercice du pouvoir managérial. En plus, dans certains Etats parties, les principales décisions concernant la gestion de l'entreprise publique sont soumises à l'approbation de l'autorité de tutelle⁽⁵²⁵⁾. Tout ceci

⁽⁵²²⁾ Paul REVERDY dans un article du journal « Le Monde » paru en décembre 1988.

⁽⁵²³⁾ Il faut nuancer pour dire que parfois l'organe de tutelle exerce son pouvoir soit par voie d'autorisation, soit par voie d'approbation ou encore par voie d'opposition.

⁽⁵²⁴⁾ A. AYANGMA Joseph, « Le dirigeant de sociétés commerciales », t. 1, et du même auteur, « Le dirigeant sociétal officiel », t. 2, éd. Harmattan, juillet 2014.

⁽⁵²⁵⁾ Le cas par exemple, du Togo où tous les contrats des entreprises publiques dont le montant est supérieur à vingt-cinq Millions doivent être soumis au contrôle et à l'approbation de la tutelle économique. V. Loi N° 2009-013 relative aux marchés publics et délégations de service public du 30 juin

limite les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'entreprise publique. Dans le même sens, M. B. LETAÏEF soutient que les pouvoirs du CA, par exemple, en matière de contrôle sont en réalité, triplement limités dans le cadre de l'entreprise publique. D'un côté, le contrôle du conseil est réduit par la concurrence qui lui est faite par les contrôles administratifs de la tutelle. De l'autre, ses pouvoirs sont limités du fait même du mode d'organisation de la représentation de la puissance publique au sein du conseil, en particulier le mode de désignation. Enfin, ils le sont également, par l'intervention de la puissance publique dans la désignation du Directeur Général de l'entreprise⁽⁵²⁶⁾.

Dès lors, aussi longtemps que le poids de la tutelle ne sera pas allégé, comme le veut le législateur africain à travers l'AUSC et GIE (la nomination des membres du conseil d'administration, du PCA, du directeur général par la tutelle), l'entreprise publique sera toujours instrumentalisée par l'Etat actionnaire pour ses besoins privés. C'est pourquoi, une séparation des fonctions de l'Etat puissance publique de celle de l'Etat actionnaire s'impose.

Pag. II. L'impérieuse séparation des fonctions de l'Etat puissance et de l'Etat actionnaire

Dès lors que l'Etat est propriétaire de l'entreprise, personne ne peut lui contester la qualité d'actionnaire. Ceci est une évidence. Dans le même temps, il n'est pas exclu que l'entreprise publique se retrouve sur un même marché avec certaines sociétés privées. Dans ce cas, il est le seul à prendre des dispositions pour garantir le respect des principes de la concurrence. En tant également qu'actionnaire, il devient juge et partie ; ce qui Peut être une source d'un réel conflit d'intérêt. Aussi, au sein de l'entreprise publique, est-il fondamental qu'une fois constituée, celle-ci soit gérée par elle-même par le biais des représentants légaux choisis par l'Etat. De l'indépendance de ceux-ci dépend le respect des règles de droit auxquelles est soumise l'entreprise publique.

En tout état de cause, l'Etat commerçant et puissance publique doit protéger, prévoir, organiser et produire. Pour répondre à ces exigences, il est nécessaire qu'il y ait une distinction entre ses différentes fonctions dans la gestion de l'entreprise publique. Cette distinction répond à la doctrine tendant à s'assurer que l'entreprise publique est gérée dans l'intérêt de l'Etat actionnaire et non dans celui des dirigeants sociaux ou politiques et permettre ainsi, non seulement à contrer les abus flagrants des dirigeants, mais aussi de répondre à des exigences de compétitivité⁽⁵²⁷⁾. Cette démarche ne peut aboutir à un résultat positif à l'entreprise publique qu'en adoptant des règles garantissant au sein de celle-ci une gestion transparente (A) et l'indépendance des dirigeants sociaux vis-à-vis de la tutelle (B).

2009 et le Décret N° 2011-059 / PR portant définition des seuils de passation, de publication, de contrôle et d'approbation des marchés publics du 4 mai 2011.

⁽⁵²⁶⁾ Mustapha Ben LETAÏEF, *l'Etat et les entreprises publiques en Tunisie*, op. cit. p.2.

⁽⁵²⁷⁾ Patrice S. A. BADJI, *article, Ohada et bonne gouvernance*, op. cit. P. 1/10.

A. L'adoption des règles garantissant une gestion transparente

En transposant l'idée de HUET⁽⁵²⁸⁾ en droit de l'OHADA, l'on s'aperçoit que l'application de l'Acte uniforme à l'entreprise publique est irrésistible. Dans cette logique, la transparence doit être d'une importance capitale dans la gestion de l'entreprise publique même si en ce qui la concerne, à certains égards, il y a la prévalence du secret. Pour une prise en compte certaine de la gouvernance dans l'entreprise publique l'on doit dissocier la propriété de l'entreprise publique et sa gestion (1) afin de mettre fin à la faible participation des dirigeants sociaux à sa gestion (2).

1) Une dissociation entre la propriété et la gestion

La création de l'entreprise publique doit être perçue comme une dissociation entre la propriété et la gestion. Ainsi, l'Etat actionnaire, porteur d'actions est propriétaire de l'entreprise ; mais celle-ci est gérée par les dirigeants sociaux. Cependant, dans la pratique l'on constate une confusion quant à ce qui concerne le droit qu'exerce l'Etat actionnaire sur l'entreprise publique. Ce dernier exerce un droit presque absolu sur cette dernière, en ce sens que l'Etat se voit à la fois propriétaire de l'entreprise publique et des biens de celle-ci. Ce qui juridiquement ne peut être défendable dans la mesure où, l'entreprise jouit de la personnalité juridique. Elle devrait, à cet effet, gérer ses biens comme une personne physique gèrerait les siens. Ce qui conduirait, sans nul doute à la création d'un patrimoine social et d'un intérêt social qui seront la boussole de l'entreprise publique⁽⁵²⁹⁾ et qui constituent à leur tour le guide des dirigeants, forçant ainsi l'Etat actionnaire à ne pas faire prévaloir son intérêt sur celui de l'entreprise publique. La doctrine française est d'avis que sujet de droit, l'entreprise publique est titulaire d'un patrimoine distinct de celui de son actionnaire⁽⁵³⁰⁾. Ceci est cohérent car, en réalité, le droit n'a pas pris sur les corps, pas plus que sur les groupes, il doit, pour cela, recourir à un artefact, celui de la personnalité morale qui ne fait pas, en tout cas, défaut à l'entreprise publique. Le respect de cette dissociation, rapprochera davantage le droit OHADA à celui applicable en France et s'éloignera, certainement du droit américain des sociétés selon lequel l'actionnaire reste maître de l'entreprise, à la seule réserve de la prohibition de la dilapidation des biens de l'entreprise⁽⁵³¹⁾ et sous réserve que l'entreprise publique soit cotée en bourse.

Le principe de la dissociation devrait s'étendre également à d'autres domaines comme celui de la concurrence. En effet, dans le cadre de la concurrence, l'on observe que le législateur européen a pris de l'avance. Il a procédé, en effet, à une distinction entre les

⁽⁵²⁸⁾ Ph. HUET, *Aspect de la restructuration du secteur pétrolier d'Etat : contribution à l'étude du statut des entreprises publiques*, D., 1979, *Chronique*, p. 89.

⁽⁵²⁹⁾ v. Jean PALLUSEAU, *Une révolution juridique en Afrique francophone : l'OHADA*, In : *Dialogues avec Michel Jeantin – Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1998, p. 93 et s.

⁽⁵³⁰⁾ Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif aux origines de la personnalité morale », in *L'architecture du droit, Mélanges e l'honneur de M. TROPPER*, Paris, 2006, p. 951 ; voir un article de synthèse, G. WICKER, « Fiction » in *Dictionnaire de la culture juridique*, Dir. D. ALLAND, S. RIALS, PUF 2003, p. 720 et s.

⁽⁵³¹⁾ *waste of corporate asset*.

notions de pouvoir « public » et d'actionnaire dans « l'entreprise publique »⁽⁵³²⁾. Il est écrit en effet, que la transparence « doit permettre de distinguer clairement entre le rôle de l'Etat en tant que pouvoir public et son rôle en tant que propriétaire, pour que soient déterminées les limites de l'application du droit de la concurrence »⁽⁵³³⁾. Cette délimitation, procède certainement de la reconnaissance du fait que l'Etat peut agir, soit en exerçant l'autorité publique, soit en exerçant des activités économiques de caractère industriel et commercial, consistant à offrir des biens et des services sur le marché.

2) Une faible implication des dirigeants sociaux dans le gouvernement de l'entreprise publique

Avons-nous dans le droit OHADA des conseils d'administration qui fonctionnent activement ? Cette interrogation de Patrice S. A. BADJI mérite une discussion. En effet, la réponse négative prend le pas sur celle positive pour ce qui concerne l'entreprise publique. Comme BADJI lui-même le souligne, cette faiblesse s'apprécie par le fait qu'une pièce du « puzzle » de la bonne gouvernance d'entreprise manque ou ne fonctionne pas bien⁽⁵³⁴⁾. L'on part d'un constat : l'absence de la création de comités spéciaux dans l'entreprise publique (AUSC et GIE révisé en son article 437 a prévu cette possibilité); alors que selon Michel ALBERT⁽⁵³⁵⁾, les comités spécialisés qui seraient issus du conseil d'administration de l'entreprise publique seraient une composante essentielle du gouvernement d'entreprise. Même si de tels comités n'étaient pas prévus par l'AUSC et GIE, l'on pouvait les introduire dans l'entreprise publique. L'on constate qu'en France par exemple, le développement des comités spécialisés s'est fait de façon empirique, sans se fonder sur une définition légale. Il a fallu attendre l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 16 mai 1946⁽⁵³⁶⁾ pour instituer de façon impérative les comités d'entreprise pour les entreprises ayant plus de cinquante (50) salariés. S'engager à instituer les comités spécialisés au sein de l'entreprise publique dans l'espace OHADA, témoigne des progrès dans la gestion de l'entreprise publique réalisés sans recours au formalisme de l'AUSC et GIE. Mais l'on regrette concernant la création de comité spécialisés qu'il ne s'agisse que d'une possibilité et non une obligation. Or, les partisans de la *corporate governance* font remarquer que les conseils d'administration seraient plus efficaces si leurs délibérations en séances plénières étaient préparées par des comités spécialisés⁽⁵³⁷⁾.

Aussi, faut-il faire remarquer qu'autant la création de comités spécialisés dans d'entreprise publique n'est pas obligatoire dans l'espace OHADA, autant l'indépendance

⁽⁵³²⁾ 80/723, J.O.C.E., L 195 du 29 juillet 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques.

⁽⁵³³⁾ Sixième considérant de la directive 80/723 de 1980.

⁽⁵³⁴⁾ Patrice S. A. BADJI, *op. cit.* p. 5/10.

⁽⁵³⁵⁾ Michel ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme*, 1999, éd. Le Seuil ; Fabien RENOU, *Le comité d'entreprise*, JD, Fiches Pratiques, 1^{er} trim. 2014.

⁽⁵³⁶⁾ Service Public.fr, site officiel de l'administration française, mise à jour 04/2014. Voir Jean SAVATIER, *L'action sociale et culturelle des comités d'entreprise*, Paris, éd. Liaisons, 1992.

⁽⁵³⁷⁾ Evelyn BLEDNIAK, *Comité d'entreprise, fonctionnement, prérogatives économiques et sociales*, Paris, Dalloz, 10^è éd. 1996 ; Marius BERTOU, Maurice COHEN, Jean MAGNIADAS, *Regards sur les CE à l'étape de la cinquantaine*, Montreuil, VO éd. 1996.

des administrateurs n'est exigée. Et pourtant, pour le *rapport Cadbury*⁽⁵³⁸⁾, c'est seulement si le conseil d'administration d'une entreprise est composé d'administrateurs indépendants qu'il peut constituer un contre-pouvoir efficace aux prérogatives d'un actionnaire puissant comme l'est l'Etat.

B. L'indépendance corrélative des dirigeants sociaux

Faut-il instituer des administrateurs indépendants ? Ceux-ci sont définis par le rapport VIENOT en France comme des personnes dénuées de tout lien d'intérêt direct ou indirect avec la société ou les sociétés de son groupe et qui peuvent ainsi être réputées participer en toute objectivité aux travaux du conseil⁽⁵³⁹⁾. Selon ce rapport, en effet, il est impérieux d'admettre des administrateurs indépendants. Y. GUYON est contre ce procédé car selon lui, les administrateurs indépendants augmentent le risque de dérive technocratique⁽⁵⁴⁰⁾. Dans l'espace OHADA, le Sénégal par exemple, seul est à mi-chemin entre le rapport VIENOT et la position de Y. GUYON : le conseil d'administration de la SONATEL par exemple, compte en son sein deux administrateurs indépendants⁽⁵⁴¹⁾ depuis la privatisation intervenue en 1997.

Créée pour gérer une activité commerciale, l'entreprise publique est au centre de débats qui tournent au tour du gouvernement ou de la gouvernance d'entreprise⁽⁵⁴²⁾. En effet, contrairement à ce que le terme de gouvernement ou de gouvernance des entreprises conduit parfois à conclure, les théories de la gouvernance n'ont pas pour objet d'étudier la façon dont les dirigeants gouvernent – ce qui conduirait, selon certains auteurs⁽⁵⁴³⁾, à confondre la gouvernance avec le management –, mais celle dont ils sont gouvernés. Une telle idéologie peut-elle s'appliquer à l'entreprise publique ? L'on verra que l'AUSC et GIE est dominé par l'idée de la gouvernance d'entreprise (1) avec comme corollaire l'exigence de la dissociation entre les fonctions d'actionnaire et de dirigeants sociaux (2).

⁽⁵³⁸⁾ *Rapport Cadbury, sur les aspects financiers de corporate governance, The national computing centre, 2010, Londres, Gee, 1992; Voir: John POUND, Beyond takeovers: politics comes to corporate control, Harvard Business Review, mai-avril 1992, pp. 83-92.*

⁽⁵³⁹⁾ *Rapport VIENOT sur la bonne gouvernance d'entreprise. Voir article « préconiser une mutation en douceur des conseils d'administrations de Nathalie BOSCHAT et Pascal HENISSE, les Echo, 11 juillet 1995.*

⁽⁵⁴⁰⁾ Y. GUYON, *Droit des sociétés, t. 1, droit commercial général et sociétés, Economica, 16^e éd. 2010, p. 438.*

⁽⁵⁴¹⁾ Voir Oumar KANE, *«L'organisation des télécommunications au Sénégal : entre gouvernance et régulation, Ed. Karthala, AfriMAP et CREPOS, 2010, p. 106 et s.*

⁽⁵⁴²⁾ V. articles : Gérard CHARREAUX « *Quelle théorie pour la gouvernance? De la gouvernance actionnariale à la gouvernance cognitive* », cahier du FARGO N° 1040101, version révisée en 2004 ; ou « *Le gouvernement des entreprises* » dans J. Allouche (Coord.), *Encyclopédie des ressources humaines, Economica. L'origine du thème se situe dans l'analyse de Berle et Means (1932) qui faisait suite à la crise de 1929.*

⁽⁵⁴³⁾ Joseph ISSA-SAYEGH, *L'OHADA et le gouvernement des entreprises, mhtml:I ; Nouv. Dossier/OHADA, p. 2 ; également : Gérard CHARREAUX « Le gouvernement des entreprises » dans J. Allouche (Coord.), *Encyclopédie des ressources humaines, Economica.**

1) L'AUSC et GIE dominé par l'idée de la gouvernance d'entreprise

L'analyse de certaines dispositions⁽⁵⁴⁴⁾ de l'AUSC et GIE montre que cet Acte uniforme n'est pas indifférent à la gouvernance de l'entreprise. Réglementairement, l'on ne peut pas dire que, dans l'AUSC et GIE les dispositions relatives à l'organisation structurelle de l'entreprise publique manquent; mais c'est le respect de celles-ci qui fait défaut.

Des innovations introduites par l'AUSC et GIE révisé tendent à concrétiser la bonne gouvernance⁽⁵⁵⁵⁾. Nul n'est sans savoir que c'est suite aux reproches aux conseils d'administration et aux directeurs généraux en général par rapport à leur manque d'indépendance vis-à-vis des actionnaires que la théorie anglo-américaine de la « *corporate governance* » a été introduite en France et sans nul doute, dans l'interprétation des dispositions de l'AUSC et GIE. La loi du 15 juin 2001 en France, exprime tant soi peu cette évolution sous l'aspect d'une séparation des pouvoirs au sein de la collectivité des dirigeants et sous l'aspect d'une plus grande transparence de la rémunération de ces derniers⁽⁵⁵⁶⁾.

En ce sens, dans le droit OHADA, l'on note les dispositions sur la fixation de la rémunération des dirigeants sociaux comme : l'exclusion du Directeur Général Adjoint (article 474) par exemple. De même, l'on note également l'inclusion parmi, les conventions réglementées, de « toute convention à laquelle un administrateur, un Directeur Général, un Directeur Général Adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société est indirectement intéressé ou dans laquelle il traite avec la société par personne interposée ». la responsabilité des dirigeants sont aussi une manifestation de la gouvernance d'entreprise, puisque qu'avec l'AUSC et GIE révisé, au lieu de la révocation classique *ad nutum*, il est prévu que au cas où la révocation intervient sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts. C'est ce que prévoit l'article 492, alinéa 2 pour le DG par exemple. Il s'agit, selon M. SAWADOGO, peut-être de donner plus de protection ou de garantie aux dirigeants sociaux afin qu'ils donnent le meilleur d'eux-mêmes⁽⁵⁵⁷⁾. Dans cette vue, cela participerait à la bonne gouvernance et renforcerait le caractère institutionnel aux fonctions des dirigeants sociaux au détriment de leur caractère contractuel fondé sur le mandat. L'on peut considérer également que l'attribution gratuite d'actions et la possibilité d'admettre sans limitation du nombre, des administrateurs non actionnaires⁽⁵⁵⁸⁾ relèvent de la bonne gouvernance⁽⁵⁵⁹⁾. L'organisation de l'entreprise publique telle que voulue par l'AUSC et GIE répond quelque peu aux exigences de la gouvernance d'entreprise. Elle permet, sans doute à l'Etat actionnaire de s'assurer que

⁽⁵⁴⁴⁾ Voir ss-titre 2, *administration et direction de la SA (articles 414 à 484) et Ss-titre 3 les AG, articles 516, 529 à 557-1 et 558 à 561 de l'AUSC et GIE révisé.*

⁽⁵⁵⁵⁾ Michel F. SAWADOGO, *Séminaire international de formation, Ouagadougou, juin 2014, op. cit. p. 27.*

⁽⁵⁵⁶⁾ Ripert et ROBLOT, *Traité préc. Par Germain, n° 1390-1, Y. GUYON, droit des affaires, t. 1, préc., 12 éd. 2003, n° 330 et 337.*

⁽⁵⁵⁷⁾ Michel Filiga SAWADOGO, *op. cit. p. 28 et 29*

⁽⁵⁵⁸⁾ Voir article 416 et 626-1 à 7 de l'AISC et GIE révisé.

⁽⁵⁵⁹⁾ J. M. MOULIN et M.-E. SEBIRE, *Nouveautés sur le front des émissions obligataires corporate, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mai-juin 2013.*

son entreprise est dirigée en considération de ses intérêts. De même, la circulation de l'information entre les organes d'une part et d'autre part le contrôle mutuel entre ces organes et les partenaires (les banques par exemple), permettent de voir leurs intérêts respectés et leurs voix entendues dans le fonctionnement de l'entreprise publique.

Pour ce qui nous concerne dans le cadre du présent titre, c'est la coexistence de deux catégories d'acteurs dans l'entreprise publique : l'Etat actionnaire, apporteur de capitaux et dans la pratique, véritable maître de l'affaire sociale et ceux qui sont « mandatés »⁽⁵⁶⁰⁾ par lui, les dirigeants sociaux qui doivent être considérés comme devant gérer l'intérêt de l'Etat actionnaire. Il doit y avoir sans nul doute, confrontation constante entre la préservation des intérêts patrimoniaux de l'Etat actionnaire et les pouvoirs des dirigeants sociaux. Et c'est justement pour éviter cette confrontation que l'AUSC et GIE a organisé la hiérarchisation et la spécialisation dans le fonctionnement des sociétés commerciales.

2) La dissociation entre les fonctions d'actionnaire et de dirigeants : une exigence de l'AUSC et GIE

Dans la réalité, pour ce qui concerne l'entreprise publique dans la plus part des Etats parties OHADA, il se trouve que la volonté politique est avant tout économique, et du constat de Michel DRESCH, le droit ne jouant qu'un rôle de second plan de mise en ordre *a posteriori*⁽⁵⁶¹⁾. Aussi, cela pose-t-il le problème de l'effectivité des dispositions applicables à l'entreprise publique. C'est ainsi que dans la pratique, compte tenu des réalités, la gouvernance d'entreprise dans les Etats parties OHADA signifie souvent tout autre chose. Il ne s'agit pas de la gouvernance des entreprises dans le sens classique⁽⁵⁶²⁾, mais au contraire, de l'influence politique⁽⁵⁶³⁾. Alors que la bonne gouvernance d'entreprise en appelle à la fois à la compétence et la diligence des représentants de l'Etat actionnaire et à l'organisation des relations entre ceux-ci et l'actionnaire.

Pour ce qui est de la compétence des représentants de l'Etat actionnaire, loin de nous d'insinuer que les membres du conseil de surveillance par exemple, sont incompetents. Mais compte tenu de leurs charges ministérielles, l'on doute que la compétence et la diligence dont a besoin une entreprise commerciale suivent. Or la compétence suppose la diligence et non l'abstention ou « l'inertie ».

Pour ce qui est des relations entre l'actionnaire et les dirigeants d'une part, et les dirigeants sociaux entre eux d'autre part, la séparation des fonctions devraient se manifester par le respect des limitations des pouvoirs qui peuvent être légales, statutaires

⁽⁵⁶⁰⁾ Joseph ISSA-SAYEGH, *L'OHADA et le gouvernement des entreprises*, mhtml :I ; Nouv. Dossier/OHADA, p. 2.

⁽⁵⁶¹⁾ Michel DRESCH, *Les entreprises publiques en Afrique noire, Ethiopiques n° 21, Revue socialiste de culture négro africaine*, janvier 2008.

⁽⁵⁶²⁾ Dans les Etats parties, ce terme désigne dans la réalité, à la fois, l'action et la manière de diriger, d'une part, et l'organe qui détient le pouvoir de diriger une entreprise. Alors que dans le sens classique, la gouvernance des entreprises désigne la façon dont les dirigeants sociaux sont gouvernés.

⁽⁵⁶³⁾ Cité par Patrice Christian EWANE MOTO, « La gouvernance d'entreprise en droit OHADA, Thèse, Paris Est, dans le cadre de l'OMI (Organisation, Marchés, Institutions) en partenariat avec LARGOTEC (Laboratoire de recherche sur la gouvernance publique, territoire et communication), depuis 2010. Egalement, Jean Dominique LAFAY « Les entreprises publiques selon la théorie économique de la politique », 1985, Vol. 3, n° 3-2 Pp. 115 et suiv.

ou même être des règles non écrites ou des standards de comportement des sociétés commerciales⁽⁵⁶⁴⁾. Ces limitations Canaliserait plus ou moins les interventions de l'Etat actionnaire dans la gestion de l'entreprise publique.

Par exemple, les limitations légales peuvent tenir à la spécialisation ; ainsi, en aucun cas, il ne saurait être admis que les pouvoirs attribués expressément par l'AUSC et GIE à tel organe puissent être exercés par un autre organe et réciproquement. Ces limitations légales peuvent également être inhérentes à la nature même de certains actes de gestion. Tel est le cas des interdictions et autorisations édictées en matière de conventions signées par les dirigeants sociaux de l'entreprise publique. Ainsi, dans le respect de la séparation des fonctions, un aval ou une garantie à la première demande qui doit être souscrit par l'entreprise publique pour un engagement souscrit par un tiers doit faire l'objet d'une autorisation préalable spéciale par le CA ou par l'AGO d'une manière générale⁽⁵⁶⁵⁾.

En réalité, à la lecture des dispositions de l'AUSC et GIE, il ressort que, sans parler nommément de la gouvernance d'entreprise, cet Acte uniforme en fait un objectif. Autrement dit, l'entreprise publique souffre avant tout, non pas de l'absence de règles, mais de la persistance de certaines règles administratives nationales et d'un manque, en terme de gouvernance et de contrôle, de la bonne application des règles du droit OHADA, notamment vis-à-vis de l'entreprise publique. Au regard de cette situation, l'on adhère à l'affirmation de M. EL HARTI pour ce qui concerne les entreprises publiques marocaines. Selon lui en effet, l'application des règles et principes de la gouvernance d'entreprise reste quelque peu limitée dans l'entreprise publique et se cherche encore⁽⁵⁶⁶⁾. Dans le même sens, l'on constate que les rapports entre l'Etat – actionnaire et les dirigeants sociaux qu'il désigne ne peuvent qu'être ambivalents. Soit, que les technostructures⁽⁵⁶⁷⁾ exercent leur pouvoir sans véritablement rendre compte, soit que l'Etat exerce un contrôle à caractère administratif tatillon. Dans cette organisation, JENSEN et MECKLIN estiment que si chacune des parties (actionnaire et dirigeants) a sa propre fonction d'utilité, il est évident de penser que le dirigeant n'agira pas dans l'intérêt de l'actionnaire⁽⁵⁶⁸⁾.

En tout état de cause, l'on s'approche dans l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique, de la conception de l'entreprise publique comme firme défendue par certains auteurs américains. Dans cette vision, la nature des relations entre l'Etat – actionnaire et les dirigeants, et entre ces derniers et l'ensemble des partenaires de l'entreprise publique appelés de l'anglicisme « *stakeholders* » (créanciers, salariés ...) se manifeste sous forme « contractuelle »⁽⁵⁶⁹⁾ qui met en jeu le droit de propriété de l'Etat actionnaire transférant

⁽⁵⁶⁴⁾ Joseph ISSA-SAYEGH, *L'OHADA et le gouvernement des entreprises*, mhtml : I ; Nouv. Dossier/OHADA, p. 7.

⁽⁵⁶⁵⁾ V. Articles 449 pour le CA, 506 pour l'administrateur général et 815 à 821 pour le cas particulier des garanties d'émission d'obligations dans le cadre de l'AUSC et GIE.

⁽⁵⁶⁶⁾ Mochine EL HARTI, *la gouvernance des entreprises publiques marocaines ; représentations et perspectives*, Rap. Sur le secteur des Ets et entr. Publiques B 2010.

⁽⁵⁶⁷⁾ Pour désigner les organes dirigeants d'une entreprise publique ; terme utilisé par EL HARTI.

⁽⁵⁶⁸⁾ JENSEN et W. H., *The theory of the Firm. Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of financial Economics*.

⁽⁵⁶⁹⁾ Ronald COASE, *The nature of the firm*, *Economica*, vol. 7 n 16, November, 1937. A. ALCHIAN et H. DEMSETZ, *Production, information costs and economic organization*, *American Economic Review*, n° 5, December 1972

ainsi aux dirigeants sociaux une partie de son droit de propriété sur l'entreprise publique. Ceci fait de l'entreprise publique une organisation hybride participant à la mise en œuvre des politiques et ayant une vocation commerciale⁽⁵⁷⁰⁾. Ressemblant à tout point de vue à une société commerciale privée par sa vocation commerciale, elle est, dans le même temps, attachée au secteur public par un lien congénital qui tente de la soumettre au droit administratif, pourtant incapable de couvrir tous les aspects de l'entreprise publique commerciale.

⁽⁵⁷⁰⁾ Luc BERNIER, *La gouvernance des entreprises publiques, stratégie entrepreneuriale et développement économique : que retenir ?*, communication préparée pour le colloque pour le développement de l'Algérie, mais non présentée, 10-11 décembre 2012, CERGO (centre de recherche sur la gouvernance), cahier de recherche 2012-1. V. également Thierry FOUCAUD, l'article ; Où est la volonté politique ? Tribune parue dans Initiative n° 84, juin 2013.

CHAPITRE II : L'INCAPACITÉ DU DROIT ADMINISTRATIF À S'APPLIQUER À L'ENTREPRISE PUBLIQUE COMMERCIALE

La définition même du droit administratif est complexe⁽⁵⁷¹⁾ et fait l'objet de débats sur lesquels l'on ne va pas s'attarder. Il désigne en effet, l'ensemble des règles de droit applicables à l'Administration, au double sens de ce mot, qui désigne à la fois une organisation et une activité⁽⁵⁷²⁾. Au-delà et en ce sens, le droit administratif est l'ensemble des règles juridiques relatives à l'existence, au fonctionnement et aux relations de l'Etat⁽⁵⁷³⁾. En d'autres termes, l'Etat est soumis à un droit qui régit son organisation et son activité. Les auteurs comme R. CHAPUS reconnaissent quant aux moyens par lesquels il exerce ces activités de service public, qu'ils sont de nature variable⁽⁵⁷⁴⁾. Ou bien l'Etat, mettant en œuvre les prérogatives de puissance publique dont il est investi, se comporte selon les modes de la gestion publique ; ou bien il procède comme l'on le fait dans les relations privées et situe son action sur le terrain de la gestion privée. Tel est justement le cas de l'entreprise publique. Dans sa gestion privée, il existe une mixité des textes puisque l'Etat, personne morale de droit public et actionnaire, demeure un acteur de la vie de l'entreprise publique. A cet effet, un besoin de mixité du droit applicable à l'entreprise publique se fait sentir. D'une part les règles du droit administratif applicables à l'Etat actionnaire et d'autre part les règles de l'AUSC et GIE applicables à l'entreprise en tant que personne morale de droit privé.

En tranchant donc systématiquement en faveur de l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique, le législateur africain écarte les règles de droit administratif dont le domaine matériel est inadapté à l'entreprise publique de droit privé (section I) et dont les caractéristiques sont inadéquates (section II).

SECTION I. Un domaine matériel inadapté

Le droit administratif est avant tout le droit applicable à l'Administration⁽⁵⁷⁵⁾, à son organisation, à son fonctionnement et dans une large mesure, à ses relations avec les tiers. En d'autres termes, le critère du droit administratif est le service public rendu obligatoire par la loi. Or cette idée de service public contient en elle-même l'idée de puissance. L'on a là, l'idée que les services publics relèvent par nature des personnes publiques, et au premier plan l'Etat. Ce qui fait que l'on distingue mal le concept de service public du concept de puissance publique⁽⁵⁷⁶⁾.

⁽⁵⁷¹⁾ Pour René CHAPUS, *Le droit administratif a la particularité d'être à la recherche d'une définition*. V. du même auteur, *Droit administratif général*, Tome I, 15^e édition, p. 3.

⁽⁵⁷²⁾ André de LAUBADERE, *Droit administratif*, 16^e éd. op. cit. p. 7.

⁽⁵⁷³⁾ Didier TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit. p. 27.

⁽⁵⁷⁴⁾ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd. P. 1.

⁽⁵⁷⁵⁾ Par Administration avec majuscule, il faut entendre l'ensemble d'institutions, de personnes publiques au sens organique du terme ; alors que l'administration avec minuscule désignera une activité, une fonction.

⁽⁵⁷⁶⁾ cours de droit administratif, www.cours-de-droit-administratif, 19/08/2013.

L'entreprise publique dans la logique de l'AUSC et GIE, ne revêt pas le caractère de service public et n'a pas pour finalité exclusive de répondre à un besoin d'intérêt général. Cela suppose qu'elle ne soit pas soumise au droit applicable au service public. C'est donc au fond la finalité que l'entreprise publique poursuit qui écarte le droit administratif dans son fonctionnement. C'est aussi la forme de l'entreprise publique qui est prise en compte pour sa soumission à l'AUSC et GIE. Or sans être catégorique, le caractère d'« ordre public » attaché aux dispositions de l'AUSC et GIE ne laisse aucune ouverture pour l'application d'un autre droit à l'entreprise publique. L'on assiste, par la force de l'AUSC et GIE, à un recul des règles de droit administratif dans la sphère de gestion de l'entreprise publique. L'on essaiera de démontrer ce recul en faisant voir ce qu'est le droit administratif. Cette démarche permettra de voir que ce recul est favorisé par le fait que l'application du droit administratif est congénitalement liée à la fois à l'activité de l'Administration (Pag I) et à la nature des rapports entre l'Administration et les administrés ((Pag II).

Pag. I. L'application du droit administratif liée à l'activité de l'Administration

L'Administration est soumise à un droit qui régit son organisation et son activité et, par là même, ses rapports avec les administrés, qui sont d'ailleurs sa raison d'être et dont elle tend à satisfaire les besoins par l'exercice des activités de service public. En ce sens, le service public peut être considéré comme le moyen utilisé par l'Administration pour atteindre son objectif de satisfaction de l'intérêt général. L'exercice des activités de service public implique la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique dont seul l'Etat est investi. Or, par définition, les actes de puissance publique tout comme les activités administratives qui les incarnent sont exclus du commerce (A) alors même qu'il est possible que les actes de commerce soient accomplis par une personne morale de droit public dans le cadre du service public (B).

A. Les activités administratives exclues du commerce

Plutôt que de définir l'activité administrative⁽⁵⁷⁷⁾, il est préférable de souligner que c'est l'acte administratif et la procédure administrative qui constituent ses instruments, car c'est eux qui permettent de qualifier d'administratif l'activité de l'Etat. Eu égard au droit qui est applicable à l'activité administrative, l'on s'aperçoit que celui-ci est canalisé sur son caractère administratif (1) et son objectif de satisfaire l'intérêt public (2) et par conséquent ne peut s'appliquer à l'entreprise publique.

1) Le caractère administratif des services publics

Les services publics peuvent avoir un caractère administratif ou un caractère industriel et commercial. Les premiers sont censés être exclusivement assurés par les personnes publiques alors que les seconds sont réservés aux personnes de droit privé. Mais cette répartition ne peut plus être acceptée actuellement, car des personnes publiques exploitent des activités commerciales et les personnes de droit privé peuvent assurer les

⁽⁵⁷⁷⁾ *L'activité administrative ou activité étatique désigne ici l'ensemble des services permettant d'assurer le fonctionnement de l'Etat ou d'un service public.*

services publics. Ce qui est sûr est que le droit qui s'applique à l'un ne s'applique pas à l'autre. Tout en ayant à l'esprit que par essence, le droit applicable au service public industriel et commercial est le droit privé, il convient de définir les critères qui permettent d'identifier les services publics administratifs dont les règles ne peuvent pas s'appliquer à l'entreprise publique commerciale.

Selon R. CHAPUS, l'appréciation du caractère d'un service public relève désormais de son objet, de l'origine de ses ressources et des modalités de son fonctionnement⁽⁵⁷⁸⁾. Ainsi, un service ne sera reconnu comme administratif que s'il répond aux trois critères énumérés ci-dessus. Or l'entreprise publique commerciale ne peut plus avoir comme objet une activité administrative. De même son fonctionnement n'emprunte en rien la hiérarchisation qui prévaut dans l'Administration publique. L'on note également que l'objectif poursuivi par l'entreprise publique diffère de celui du service public. La première tend à la protection de l'intérêt social et la réalisation des bénéfices, alors que le second a pour objectif la protection de l'intérêt général. Le seul point commun entre l'entreprise publique et le service public est l'origine publique des ressources. Ce seul point ne saurait suffire pour soumettre l'entreprise publique aux règles de droit administratif qui est, à cet égard, trop rigide pour couvrir tout le fonctionnement de celle-ci.

Finalement, l'on s'aperçoit que le rattachement organique de l'activité et la raison d'être de cette activité, c'est-à-dire l'objectif en vue duquel elle est exercée, sont des éléments qui justifieraient sa soumission au droit administratif. Alors que, bien que propriété de l'Etat, personne morale de droit public, l'entreprise publique exerce une activité commerciale en vue de réaliser les bénéfices ; à ce titre, elle ne peut être soumise qu'aux dispositions de l'AUSC et GIE conçues pour l'exercice des activités commerciales. Aussi, l'autonomie dont jouit l'entreprise publique l'éloigne davantage du droit administratif également trop autonome. Ceci revient à dire que faute de rattachement « direct » des activités de l'entreprise publique à l'Etat, sa soumission au droit administratif est impossible et ne peut souffrir que de manquements et de vide juridique. Aussi, l'application du droit administratif aux activités administratives se justifie-t-il par la poursuite d'un objectif d'intérêt public.

2) Les activités en vue d'un intérêt public

La définition que l'on peut donner à la notion matérielle de service public est qu'il est une activité assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public⁽⁵⁷⁹⁾. L'on ne peut pas parler de l'intérêt public sans avoir à l'esprit les prérogatives de puissance publique qui se rapportent d'ailleurs, aux procédés par lesquels l'Administration remplit ses missions. Dans le même temps, l'on ne peut pas évoquer l'Administration sans se référer au droit administratif qui constitue son droit naturel.

⁽⁵⁷⁸⁾ René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit. p. 593 ; V. CE Ass. 16 novembre 1956, *Union Syndicale des industries aéronautiques*, p. 434, AJ, 1956, 2, p. 489, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT, D. 1956, p. 759, concl. P. LAURANT, JCP, 1957, note C. BLAEVOEST, S. 1957, p. 38.

⁽⁵⁷⁹⁾ J.-M. AUBY, *Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration*, EDCE 1958, n° 12, p. 35 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^e éd. 1984, t. 1, n° 484.

En effet, au nom de l'intérêt public, certains principes du droit administratif entrent en conflits avec la gestion commerciale de l'entreprise publique. L'exemple de l'exclusion de l'entreprise publique des voies d'exécution retient notre attention, car il s'agit d'un principe du droit administratif qui demeure applicable à l'entreprise publique commerciale. L'exonération de l'entreprise publique des voies d'exécution ne peut se justifier que par le lien organique qui existe entre l'entreprise publique et l'Etat⁽⁵⁸⁰⁾. En cela, elle constitue un obstacle à l'application du principe de gestion commerciale empêchant ainsi l'entreprise publique à apparaître pleinement comme un commerçant au sens de l'AUDCG⁽⁵⁸¹⁾. Aussi, faut-il souligner que le droit administratif est un droit beaucoup plus jurisprudentiel, donc très changeant. Egalement, chaque Etat partie a son droit administratif propre ou n'en a aucun⁽⁵⁸²⁾. Alors, son application à l'entreprise publique commerciale serait synonyme, à la fois, d'insécurité juridique et judiciaire et d'abandon de la stabilité et de l'uniformisation des droits dans les Etats parties. Les activités administratives accomplies dans le but de l'intérêt public et celles qui sont directement rattachées à l'Etat, personne publique sont exclues du commerce, car elles sont constitutives d'un service public par leur objet. Cette exclusion n'empêche pas pourtant, qu'une personne morale de droit public, accomplisse les actes de commerce.

B. L'accomplissement des actes de commerce par la personne morale de droit public

Point n'est d'énumérer les différents actes de commerce prévus par l'article 3 de l'AUDCG et de voir leur accomplissement par un service public. L'idée qui domine la question est que l'appartenance d'une personne morale de droit public aux rouages de l'Etat n'empêche pas qu'elle soit commerçante ou du moins qu'elle accomplisse des actes de commerce et en faire sa profession habituelle. Si le droit administratif est partiellement applicable à cette catégorie de personnes publiques, c'est parce que soit, elles exploitent un service public commercial (1) ou soit, elles sont dépositaires des biens qui ne leur appartiennent pas, mais à l'Etat (2).

1) L'exploitation d'un service public commercial

Il n'est pas exclu qu'une entreprise publiques exploite un service public commercial. Or, exploitant une activité commerciale, un service public n'en conserve pas moins certaines caractéristiques qui font que son régime juridique échappe en partie aux dispositions de l'AUSC et GIE. Un tel service est exercé sous le contrôle et la responsabilité de l'Administration, et de fait, obéit à un certain nombre de règles de droit administratif⁽⁵⁸³⁾. Ces règles que l'on peut qualifier de droit commun des personnes publiques dans la mesure où elles sont applicables à toutes les personnes publiques, constituent des règles spéciales pour les entreprises publiques exploitant un service public commercial. A ce titre, elles deviennent des règles supplémentaires ou suppléant celles de l'AUSC et GIE. Si ce principe semble être clair, son application est plus délicate dans le cas où la règle particulière est confrontée à la règle de droit OHADA ayant le même objet. Il va de soi

⁽⁵⁸⁰⁾ *cass. Aff. BRGM (Bureau de Recherche Géologique et Minières), 21 déc. 1987, GAJA, n° 114. V. article 30 de l'Acte Uniforme relative aux procédures collectives OHADA.*

⁽⁵⁸¹⁾ *V. G. VEDEL, la technique de nationalisation, op. cit.*

⁽⁵⁸²⁾ *V. Alain BOCKEL, La recherche d'un droit administratif africain, Ethiopiques n° 16, op.cit. 1978.*

⁽⁵⁸³⁾ *La continuité du service, adaptation continue du service et l'égalité devant les services.*

qu'en pareil cas, c'est l'AUSC et GIE qui doit être retenu comme droit applicable en considération de la primauté qui lui est attachée.

2) Le service public dépositaire des biens de l'Etat

Si l'entreprise publique, personne morale, exploitant le service public est soumise, selon les cas, à la fois aux règles du droit administratif et du droit commercial, les biens dont elle est dépositaire ne sont pas soumis au même régime. Ces biens sont inaliénables en application du principe du droit administratif. Mais, tout comme entre époux en droit civil, les biens acquis au cours de l'exploitation restent la propriété privée de la personne morale exploitante et par conséquent, soumis au droit des sociétés commerciales.

De même, l'on constate que la qualité de personne publique de certaines personnes publiques les fait bénéficier d'un régime dérogatoire du droit OHADA dans leur activité commerciale. C'est ainsi qu'il est généralement reconnu, en considération de son appartenance à l'Etat, que l'entreprise publique érigée en établissement public ne saurait être mise en faillite ou en règlement judiciaire. Ce principe admis en droit administratif ne pourra être appliqué en droit des sociétés commerciales ; car il crée une inégalité entre les sociétés commerciales au sein d'un même Etat partie. Il s'en que de façon générale, le fait qu'une entreprise est un établissement public est de nature à être, par lui-même, un obstacle, à certains égards, au principe de la gestion commerciale de l'entreprise publique.

L'on peut, en définitive affirmer que chaque fois que, dans son activité matérielle, l'entreprise publique bénéficie de prérogatives dérogatoires au droit commun des sociétés, elle est assujettie aux règles de compétence et de fond de droit administratif⁽⁵⁸⁴⁾. *A contrario*, une entreprise publique qui ne bénéficie pas de ces prérogatives reste soumise totalement aux dispositions de l'AUSC et GIE. Devenue « commerçant public », et dans cette mesure, tous les actes qu'elle accomplit dans le cadre de son activité, sont des actes commerciaux.

Pag. II. Le droit administratif lié à la nature des rapports entre l'Administration et les administrés

L'Etat s'adresse aux administrés par des décisions qui s'imposent à eux. En effet, une décision administrative est une déclaration unilatérale de volonté, qui émane de l'Etat agissant en vertu de la puissance publique⁽⁵⁸⁵⁾. Les éléments essentiels dans la définition de la décision administrative peuvent se regrouper aux points suivants : la déclaration de volonté, l'unilatéralité, l'organe étatique et l'usage de la puissance publique. L'on observe que tous ces éléments ne cadrent pas avec l'esprit et le texte de l'AUSC et GIE qui prévoit dans la prise de décision, pour la plupart des cas, l'expression de la majorité si ce n'est pas l'unanimité.

Contrairement aux décisions prises dans l'entreprise commerciale, le propre des décisions administratives est qu'elles sont prises soit pour régir une administration, soit pour

⁽⁵⁸⁴⁾ J. DUFAU, *Les entreprises publiques*, Ed. Le Moniteur, coll. l'actualité juridique, P. 252.

⁽⁵⁸⁵⁾ V. André PANCHAU, *La décision administrative, étude comparée, revue internationale de droit comparé*, 1962, vol. 14, n° 4, pp. 677 et suiv.

édicter une norme en destination d'une ou plusieurs personnes nominativement désignées. En cela, elles sont régies à la fois par le droit des relations entre l'Administration et les administrations (A) et des relations entre l'Administration et les particuliers, autrement dit un droit des inégalités (B).

A. Le droit des relations entre l'Administration et les administrations

Le droit administratif comme droit des relations entre l'Administration et les administrations se comprend également comme le droit de l'organisation de l'Administration. En ce sens, il régit les organes de l'Administration et les relations que ceux-ci entretiennent entre eux. L'application du droit administratif à l'Administration et à ses excroissances suppose l'exercice des prérogatives de puissance publique (1) qui l'éloigne de l'entreprise publique en rompant leur lien organique (2).

1) L'exercice des prérogatives de puissance publique

Le moyen utilisé par l'Administration est le plus souvent la décision. Celle-ci est prise par l'Administration dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office. En ceci, l'on perçoit l'idée que l'intervention de l'autorité administrative produit un effet immédiat sur les administrations composant l'Administration ; elle s'impose à tous sans leur consentement. Il est évident que si une telle déclaration de volonté était émise par l'Etat actionnaire, dans le cadre de l'organisation de son entreprise publique, elle n'aurait pas cet effet immédiat à cause sans doute, des relations que celle-ci entretient avec les tiers avec qui elle traite directement ; car, ceux-ci ne sont pas, en principe censés être soumis aux injonctions que l'Administration édicte à son entreprise.

Aussi, une décision administrative produit-elle ses effets sans que l'Administration n'ait à obtenir l'autorisation d'un tiers pour imposer une obligation ou conférer un avantage ou encore céder un droit à une de ses composantes⁽⁵⁸⁶⁾. Alors que dans le cadre de l'entreprise publique, l'Etat actionnaire ne peut, par exemple, céder ses actions sans accomplir les formalités de publicité requises. Si l'on rétorque que dans toutes les sociétés commerciales les actionnaires prennent des décisions, l'on peut répliquer qu'en réalité, les décisions dont parle l'AUSC et GIE n'ont pas la même nature que celles qui sont prises par l'Administration. Les premières sont prises « démocratiquement » alors que les secondes sont unilatérales et s'imposent aux administrations. De même, au-delà, les décisions de l'Administration sont organiquement administratives et pour cela relèvent du droit administratif.

2) La rupture du lien organique

En principe, le critère du caractère d'une décision est organique, autrement dit, une décision a un caractère administratif, dès lors qu'elle est prise par l'administration. Bien sûr qu'en prenant du recul, cette affirmation n'est pas totalement fondée. Une décision prise par la tutelle technique par exemple d'une entreprise publique dans le cadre de la

⁽⁵⁸⁶⁾ Voir Otto MAYER, *Le droit administratif allemand, éd. française, 1903, pp. 92 et 112, cité par M. CHAKILA, les effets dans le temps des actes administratifs, 2011, Droit public & international/administratif/fiche 29/08/2011.*

gestion de l'entreprise publique, bien que revêtant une forme administrative, n'est pas nécessairement une décision administrative. Ceci se conçoit, dans la mesure où une décision prise par le ministre de tutelle n'est pas détachable de la gestion privée⁽⁵⁸⁷⁾ de l'entreprise publique. D'ailleurs, il est logique que l'Etat gère son entreprise comme les propriétaires privés gèrent leurs biens, pourvu qu'il n'utilise pas les moyens exorbitants et contraires aux dispositions de l'AUSC et GIE. Ceci n'est point réducteur de l'Etat, puissance publique. Cette possibilité consacrerait sans doute, le principe admis par la doctrine française du caractère privé des décisions prises par les dirigeants de l'entreprise publique⁽⁵⁸⁸⁾.

En somme, l'on retient qu'une décision est un acte administratif lorsqu'elle traduit la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique, c'est-à-dire d'un pouvoir de décision destiné à satisfaire les exigences de l'intérêt général⁽⁵⁸⁹⁾. A cet effet, les décisions émanant de l'Administration, quel que soit leur objet sont impropres quant à leur application à l'entreprise publique commerciale, celle-ci étant soumise aux règles de l'AUSC et GIE plus souples et malléables par rapport aux règles du droit administratif plus interprétatives et dont la compréhension n'est aisée que dans leur application aux particuliers.

B. Le droit administratif comme un droit des personnes inégales

L'expression « droit des personnes inégales »⁽⁵⁹⁰⁾ traduit un des caractères de la discipline, un de ceux qui l'oppose le plus au droit commun des sociétés commerciales, puisque l'on sait qu'endroit des sociétés OHADA, la nature du rapport d'obligations ne se pose pas dans les mêmes termes ; elle repose sur une égalité juridique des sujets de droit. C'est, comme le dirait J. RIVERO, la veille et simple constatation de l'inégalité qui, à la base du rapport de droit public, s'oppose à l'égalité juridique, sur laquelle repose le droit privé⁽⁵⁹¹⁾.

La mise en œuvre d'une clause relevant du droit administratif dans une entreprise publique, implique les moyens exorbitants qui sont par définition, illégaux en droit des sociétés et par conséquent, inapplicables à l'entreprise publique commerciale. En réalité, les clauses exorbitantes instituent une certaine inégalité entre les personnes privées ou publiques. Par conséquent, elles ne peuvent pas être prises en compte dans une entreprise publique à vocation commerciale où l'égalité est le principe. En effet, leur éventuelle application à l'entreprise publique entrera en contradiction avec le principe général de

⁽⁵⁸⁷⁾ René CHAPUT, *Droit administratif général*, op. cit. p. 535.

⁽⁵⁸⁸⁾ V ; A. JEAMMAUD, *La démocratisation du secteur public*, AJDA.1983, P. 563 et s ; ROBIN, *Essai sur la représentation des intérêts dans l'organisation des entreprises publiques*, RDP, 1957, p. 830.

⁽⁵⁸⁹⁾ V. les arrêts *Monpeurt*, CE Ass. 31 juillet 1942, Rec. 239 et *Magnier*, CE du 13 janvier 1961, Rec. P. 33 ; CE 8 juin 1988, *Gradone*, P. 231, RFDA 1988, p. 737 ; TC, 13 janvier 1992, *Assoc. Nlle des Girondins de Bordeaux*, p. 473, AJ 1992, p. 451, obs. J.-P. THERON, D 1992, SC, p. 345, obs. J. – F. LACHAUME ; Paris, 23 septembre 1991, DA 1991, n° 427 ; CE 17 février 1992, *Soc ; Textron*, p. 66, AJ, 1992, p. 450, note C. DEVES, D. 1992, p. 159, note A. PENNEAU.

⁽⁵⁹⁰⁾ Valérie DUFAU, « Les sujétions exorbitantes du droit commun administratif –l'administration sous contrainte, l'Harmattan, 2000, p. 383.

⁽⁵⁹¹⁾ J. RIVERO, *Droit administratif, précis Dalloz*, 13è éd. 1990, 15è éd. 1994

l'égalité des actionnaires (cas d'une entreprise pluripersonnelle) posé l'article 54 de l'AUSC et GIE auquel les articles 129 et 628 du même Acte uniforme ne permettent ni de déroger, ni de porter atteinte. Si d'autres articles de l'AUSC et GIE⁽⁵⁹²⁾, tout en confirmant le principe de l'égalité des actionnaires, apportent des limites à ce principe à prévoir dans les statuts, il est évident que c'est dans le but de protéger les petits actionnaires en réduisant l'influence des actionnaires personnes publiques, comme l'Etat, sur la prise des décisions⁽⁵⁹³⁾. Il faut cependant noter que cette limite, dans une certaine mesure, peut être considérée comme une atteinte aux droits des actionnaires ; car si elle est différente d'une clause exorbitante en droit administratif, elle lui ressemble par son caractère privatif. C'est pourquoi d'ailleurs cette limite doit être utilisée avec précaution, car elle pourrait présenter de graves inconvénients, si elle devait conduire à trop s'écarter de la logique qui préside au fonctionnement des sociétés commerciales, basé essentiellement sur le respect des proportions entre les droits exercés et les capitaux mis en jeu par l'Etat actionnaire par exemple.

Le principe de l'égalité des actionnaires présent dans l'AUSC et GIE impose, en effet que tous les actionnaires soient traités de la même façon dans le cadre de leurs droits et leurs obligations. Alors que ce principe n'existe pas dans les rapports entre l'Administration et ses administrés ou, s'il existe, n'est qu'une illusion, car en droit, l'Administration bénéficie d'un certain nombre de privilèges et de pouvoirs qui lui sont propres et dont ne bénéficient pas les personnes privées. Par exemple, les décisions de l'Administration s'imposent aux administrés et par lesquelles l'auteur fait usage de prérogatives de puissance publique. Cette situation est révélateur du fait que l'AUSC et GIE et le droit administratif procède d'un esprit différent : l'un régit et met sur un pied d'égalité tous les acteurs (les actionnaires) alors que l'autre régit les rapports entre les acteurs au régime juridique différent (Administration et administrés) dont l'on ne peut, en aucun cas évoquer l'égalité de droits. Le droit administratif est dominé par les idées d'inégalité et d'intérêt général contrairement au droit des sociétés commerciales qui est fondé sur l'intérêt social, personnel et l'égalité⁽⁵⁹⁴⁾. En réalité, le caractère foncièrement inégalitaire qui caractérise les relations entre l'Administration et les administrés ne laisse aucune place au droit administratif de s'appliquer à l'entreprise publique.

En somme, ce qui caractérise l'application du droit administratif, ce sont les caractères que l'Administration donne à l'activité en cause, ce n'est pas la nature même de cette activité ni les fins qu'elle poursuit. Autrement dit, une fois que l'autorité publique a choisi de donner volontairement la forme commerciale à son entreprise, c'est le droit OHADA qui est capable de s'appliquer à elle. En fait, l'on observe qu'il n'y a pas de régime administratif par nature, mais par le choix de l'Etat impliquant l'adoption de techniques juridiques appropriées. Il est donc évident que l'adoption de ces techniques juridiques relève le plus souvent de l'objectif de service public poursuivi ou de puissance

⁽⁵⁹²⁾ V. Articles 543 (une action = une voix), 628 (égalité en cas de réduction du capital) et 714 (vérification par le commissaire aux comptes que tous les actionnaires ont exercé leurs droits) de l'AUSC et GIE.

⁽⁵⁹³⁾ Cette limite est relative au nombre de voix dont peut disposer un actionnaire.

⁽⁵⁹⁴⁾ Article « les mutations des postes et télécommunications, AJDA, 1990, P. 667.

publique. C'est pourquoi la cour de cassation française⁽⁵⁹⁵⁾ se contente de relever l'existence d'une mission d'intérêt général pour qualifier une activité de service public.

La notion d'intérêt revêt alors un rôle de premier plan dans le choix du droit à appliquer à une institution, puisqu'elle s'avère être la condition unique et suffisante. Dans l'entreprise publique, l'objectif de l'Etat étant de faire le commerce, il est évident que l'on écarte les techniques juridiques du droit administratif propre au secteur public administratif. Même si l'Etat se structure et se concentre sur ses fonctions régaliennes, il doit mettre en œuvre une démarche faite pour épargner l'entreprise publique des règles de puissance publique toujours inadéquates dans la gestion de l'entreprise publique.

SECTION II. Les caractéristiques du droit administratif inadéquates

Les caractères du droit administratif renvoient aux traits dominants de cette discipline juridique et lui confèrent une spécificité. Entre autres caractères traditionnellement mis en exergue, il convient de citer son caractère jurisprudentiel, son caractère autonome, et son caractère inégalitaire⁽⁵⁹⁶⁾.

Le caractère jurisprudentiel, trait le plus caractéristique du droit administratif, résulte de circonstances historiques propres à chaque Etat partie. D'ailleurs dans ces Etats, la jurisprudence administrative est presque inexistante, le droit administratif de ces Etats s'appuyant le plus souvent, sur la jurisprudence française.

L'autonomie du droit administratif signifie que ce droit est constitué par un corps de règles propres. L'administration, dans les Etats parties au Traité OHADA, a la particularité de mettre en œuvre un droit spécifique qui régit son propre fonctionnement interne et ses rapports avec les administrés.

Le caractère inégalitaire⁽⁵⁹⁷⁾ tient au fait que le droit administratif consacre une inégalité juridique entre ses sujets. Parce qu'elle a une activité essentiellement dédiée à l'intérêt général, on admet que l'Administration utilise des procédés exorbitants que ne saurait utiliser un particulier.

La combinaison des trois caractères du droit administratif ci-dessus énumérés révèle qu'il est un droit marqué par un déséquilibre fondé sur la poursuite de l'intérêt général par des moyens tirés de la fonction prétorienne de l'Etat. A travers ses caractères, se pointent en filigrane des règles dérogatoires au droit commun des sociétés commerciales qui se manifestent par leur autoritarisme (Pag I) et leur autonomie (Pag II).

⁽⁵⁹⁵⁾ Cass. Civ. 18 février 1986, *Ville de Biarritz, les petites affiches*, 1986, n° 152.

⁽⁵⁹⁶⁾ EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, t. 1 pp. 367 et s ; t. 2pp. 337 et s ; Richard DEAU, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, thèse, Université d'Angers, déc. 2006 ; René DEGNI-SEGNI, *Droit administratif général*, vol. 1, 3^e éd. CEDA 2002.

⁽⁵⁹⁷⁾ *Supra* p 229.

Pag. I. L'autoritarisme des règles du droit administratif exclu dans l'AUSC et GIE

Dire que les règles du droit administratif sont autoritaires revient à reconnaître qu'elles se caractérisent par une dérive vers une tentative de domination des autres règles de droit d'une part et d'autre part, que leur application à l'entreprise publique implique une inégalité de traitement. Cette dernière conséquence constitue d'ailleurs l'une des particularités du droit administratif ; ce qui du point de vue du droit des sociétés commerciales n'est pas admis, mais qui s'explique en droit administratif par l'inégal intérêt des préoccupations respectives et des buts poursuivis par l'Etat. En effet, alors que le droit des sociétés repose sur l'individualisme et l'égalité juridique des personnes⁽⁵⁹⁸⁾, et par suite que nul ne saurait imposer sa volonté à autrui, l'un des postulats du droit administratif admet l'inégal intérêt des fins poursuivies⁽⁵⁹⁹⁾ par les différents sujets de droit. Ainsi, appliquer le droit administratif à l'entreprise publique dans l'espace OHADA serait source de risques d'inégalité juridique entre les personnes morales de droit privé (A) bien que l'AUSC et GIE admette à certains égards une inégalité entre actionnaires d'une entreprise publique pluraliste. Ceci révèle que les principes du droit administratif influenceraient l'élaboration de ceux du droit des sociétés commerciales avec comme impact l'existence d'une inégalité voulue par l'Acte uniforme. (B).

A. Les risques d'inégalité juridique entre les sociétés commerciales

Appliquer le droit administratif à l'entreprise publique commerciale, c'est présumer que bien que commerciale par sa forme, elle peut utiliser des procédés de droit administratif⁽⁶⁰⁰⁾. L'on démontrera ceux-ci sont inapplicables dans l'entreprise publique, car ils sont exorbitants (1) avec comme corollaire, l'exclusion des privilèges prévus en droit administratif (2).

1) Les procédés exorbitants inapplicables dans l'entreprise publique

La particularité du droit administratif se manifeste également dans les procédés qu'il préconise dans la gestion des personnes publiques : les actes administratifs unilatéraux ayant force exécutoire par exemple. Ces procédés se traduisent par l'absolutisme des décisions administratives, c'est-à-dire par un pouvoir de décisions qui ne peuvent pas être contestées. Pris ainsi, de tels procédés ne pourront être utilisés dans l'entreprise publique. S'ils venaient à être utilisés, les décisions qui en seront issues, seront considérées comme nulles et non écrites, car elles ne sont pas conformes à l'AUSC et GIE qui considère désormais l'entreprise publique comme non seulement une entité économique créée pour faire des affaires, mais aussi comme un lieu de concertation qui appelle, dans la prise de décisions, à un consensus ou une majorité. Or, en évoquant le consensus ou la majorité dans la prise de décisions, l'on écarte toute idée d'unilatéralité en vogue dans

⁽⁵⁹⁸⁾ Mary A. KATSIP, «An Eleders offers Advice », *INUKTITIT Magazine* 79, Automne 1995, pp. 11, 14 et 15. Amadou FAYE, «L'égalité des associés », *Droit écrit, droit sénégalais*, n° 2, juin 2003, pp. 9 et s.; publication de l'Université de Toulouse, ohadata D-04-10.

⁽⁵⁹⁹⁾ Alain BOCKEL, op. cit. p. 98 et s.; G. LANGROD, *Genèse et conséquences du mimétisme administratif en Afrique*, *RISA* 1973, p. 119.

⁽⁶⁰⁰⁾ V. André PANCHAUD, *Les décisions administratives, étude comparative*, *Revue internationale du droit comparé*, 1962, vol. 14, n° 4, p. 677 et suiv.

l'Administration et s'attache plutôt, à l'idée de vote. Ainsi, les dirigeants sociaux de l'entreprise publique ne pourront jamais se baser sur des préoccupations d'intérêt général et des buts poursuivis par l'Etat, pour prendre des décisions favorables ou défavorables à l'entreprise publique. c'est ainsi, par exemple que l'on ne peut pas admettre que les dirigeants sociaux de l'entreprise publique prennent une décision de gestion autorisant l'entreprise publique n'ayant pas encore au moins deux ans d'existence ou n'ayant pas approuvé ses comptes des deux premiers exercices à émettre des obligations⁽⁶⁰¹⁾, alors qu'une telle décision en droit des sociétés commerciales est interdite, car elle est de nature à favoriser l'entreprise publique nouvellement créée au détriment des autres personnes morales de droit privé appartenant aux privés. Ou encore, autoriser l'entreprise publique à émettre des obligations sans que le capital de celle-ci ne soit pas totalement libéré ; ou enfin, autoriser l'entreprise publique à émettre des obligations à lots⁽⁶⁰²⁾, c'est-à-dire celles qui, sur tirage au sort, pourraient donner droit au paiement d'une somme venant s'ajouter au nominal. Si de telles décisions sont possibles en application du droit administratif, elles sont exorbitantes du droit des sociétés et par conséquent interdites par l'AUSC et GIE, car elles sont de nature à créer l'inégalité juridique entre les personnes morales exerçant les activités de même nature.

Les dispositions de l'AUSC et GIE ayant vocation à s'appliquer à toutes les sociétés commerciales, il est évident que soustraire l'entreprise publique des interdictions que cet Acte uniforme édicte, crée un écart de traitement entre l'entreprise publique et les autres sociétés commerciales privées. Il en sera de même si les règles du droit administratif interdisent certaines opérations dans l'entreprise publique, pourtant autorisées par le droit des sociétés commerciales. Tel sera par exemple, le cas d'une décision administrative interdisant à l'entreprise publique constituée sous la forme de SA à émettre des valeurs mobilières⁽⁶⁰³⁾, alors qu'une telle opération a pour but de permettre aux personnes morales de droit privé de renforcer leur capacité financière.

A la lumière de ce qui précède, l'on s'aperçoit que le droit administratif a une approche différente de celui de l'AUSC et GIE. L'on peut donc suggérer avec précaution que les marges du domaine d'intervention de l'Etat ne s'étendent pas aux activités de certains organes de l'entreprise publique⁽⁶⁰⁴⁾.

2) Les privilèges en droit administratif exclus dans l'entreprise publique

Il ne s'agit pas ici, des privilèges dont dispose le Trésor public ou l'administration fiscale ou douanière ou ceux des organismes de sécurité et de prévoyances sociales dont fait allusion l'Acte uniforme portant organisation des suretés⁽⁶⁰⁵⁾. Il ne s'agit pas non plus, des privilèges accordés à certains créanciers, personnes physiques⁽⁶⁰⁶⁾. Il s'agit de privilège

⁽⁶⁰¹⁾ V. Article 782 et suivants de l'AUSC et GIE.

⁽⁶⁰²⁾ V Article 744 de l'AUSC et GIE.

⁽⁶⁰³⁾ *contr.* Voir généralement R.-B. HALL et J. BIERSTCKER, *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, 2002; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, *L'émergence du droit administrative global*, *Rev. Inter. de Droit Economique*, publiée par l'AIDE, 2013, pp46 et s.

⁽⁶⁰⁴⁾ Voir article 108 de l'Acte uniforme portant organisation des suretés.

⁽⁶⁰⁵⁾ Voir articles 106 et suiv. de l'Acte uniforme portant organisation des suretés.

⁽⁶⁰⁶⁾ Doyen HAURIU, *op. cit.*; Article : I. B- Autonomie 6. *L'exorbitance du droit administratif*, in *Rev. De droit Henri CAPITANT*, n° 5 2012.

qui est un concept mis en place par le droit administratif, et qui revêt un autre sens. Il est un droit spécifique dont dispose l'Administration dans la prise ou l'exécution de ses actes unilatéraux, avec le recours dans certains cas, à l'exécution d'office. Le privilège en droit administratif met l'Administration en situation de prendre des mesures qui s'imposent préalablement à toute contestation et qui bénéficient avant tout contrôle par le juge par exemple, d'une présomption de conformité au droit⁽⁶⁰⁷⁾. Vu sous cet angle, appliquer ce concept du droit administratif à l'entreprise publique, serait hypothéquer son fonctionnement. Le soupçon de privilège pèse sur le droit administratif, en tant que droit spécial et peut permettre ainsi à l'Etat actionnaire de prendre des décisions de nature à soumettre l'entreprise publique à un régime de faveur et échapper lors d'un contrôle, par exemple, à la communication de certaines informations au commissaire aux comptes.

En tout état de cause, avant de conclure que le droit administratif se présente ou du moins, est perçu comme un privilège pour l'administration⁽⁶⁰⁸⁾, Jacques CHEVALIER sous forme d'une mise en garde, prévoyait que si des privilèges venaient à être accordés dans le cadre de la gestion de l'entreprise publique par l'Etat en vertu des notions telles que la puissance publique, prérogatives exorbitantes ou pouvoir discrétionnaire ou privilège du préalable, elles marqueront une inégalité foncière de situation entre l'entreprise publique et les autres personnes morales de droit privé⁽⁶⁰⁹⁾. En cela, il ne doit pas pouvoir être applicable à l'entreprise publique car, alors que l'AUSC et GIE est conçu comme un dispositif de protection de l'intérêt social, de celui de l'actionnaire et des intérêts des tiers, le droit administratif se limiterait seulement à la protection de l'intérêt de l'Etat actionnaire. En ce sens, l'application du droit administratif à l'entreprise publique va certainement favoriser la cristallisation de l'inégalité d'une part, entre les personnes morales privées et l'entreprise publique de droit privé évoluant sur le territoire d'un même Etat partie au Traité OHADA et d'autre part, entre les divers intervenants dans l'entreprise publique. Cette inégalité serait également la conséquence du caractère national du droit administratif beaucoup plus tourné vers les réalités nationales.

Il faut reconnaître tout de même que le droit administratif en soi, n'est pas un droit qui prône l'inégalité, mais c'est les procédés, (les privilèges et les actes exorbitants) qu'il utilise qui sont considérés comme illégaux vus du point de vue des dispositions de l'AUSC et GIE. Par-delà les garanties qu'il peut offrir, le droit administratif reste caractérisé par une structure dissymétrique et inégalitaire⁽⁶¹⁰⁾ : placé sous le signe de l'unilatéralité, il est fondé sur le pouvoir de contrainte juridique reconnu à l'Administration. Si ses procédés exorbitants et privilèges de l'unilatéralité paraissent impossibles à éradiquer dans la mesure où ils relèvent de l'essence même du droit administratif, en revanche le renforcement des garanties juridiques accordées aux autres sociétés commerciales, tant en aval qu'en amont de l'action administrative, peut permettre de les contrebalancer.

⁽⁶⁰⁷⁾ Y. GAUDEMET, *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, 2003, p. 3.

⁽⁶⁰⁸⁾ Jacques CHEVALIER, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, op.cit. p. 46, 1988.

⁽⁶⁰⁹⁾ Jacques CHEVALIER, *Le droit administratif, droit de privilège ? ; Le pouvoir*, p. 70, 1988.

⁽⁶¹⁰⁾ G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, Thèse, Paris, 1962, ronéo. P. 272.

B. L'inégalité voulue par l'AUSC et GIE : une influence du droit administratif

Il n'est pas exclu que l'Etat s'associe avec des privés pour créer une société commerciale. Celle-ci prend le nom de société d'économie mixte ou d'entreprise publique en considération de la participation financière de l'Etat⁽⁶¹¹⁾. L'exclusion des règles du droit administratif dans l'entreprise publique par crainte d'instaurer une inégalité, n'est pas toujours fondée ; puisque l'AUSC et GIE également, admet dans certains cas précis, l'inégalité des actionnaires par une clause statutaire (1) non arbitraire (2). Et Sans doute, aperçoit-on aussitôt, l'influence du administratif sur l'Acte uniforme⁽⁶¹²⁾ (3).

1) L'admission de l'inégalité dans les clauses statutaires

La supériorité de l'Etat vis-à-vis des particuliers est le principe en droit administratif. Le droit administratif traduit cette préoccupation en reconnaissant un certain nombre de prérogatives à l'Etat, prérogatives de coercition, mais aussi prérogatives juridiques, parfaitement exprimées, sans nul doute, par la notion d'acte administratif unilatéral imposant des obligations aux individus : prescriptions de conduite à tenir, somme à verser par exemple.

Sur la base de ce tableau certes, schématique des prérogatives de l'Etat, il convient de relever que les règles du droit administratif résultant de l'expression de la volonté de l'Etat, ne devraient pas pouvoir s'appliquer à l'entreprise publique à vocation commerciale dans l'espace OHADA ; puisque selon l'article 54 de l'AUSC et GIE les droits et obligations de chaque associé sont proportionnels au montant de ses apports. Néanmoins, l'alinéa 1^{er} du même article assouplit cette position en posant le principe selon lequel les statuts peuvent déroger à la règle générale de l'égalité ou de proportion entre les actions dans le capital social et les droits et obligations attachés aux titres sociaux. Donc si une dérogation accordant un droit particulier à l'Etat, dans le respect du droit administratif, dans l'entreprise publique, il faudrait qu'elle soit prévue par les statuts⁽⁶¹³⁾ et pas par une décision unilatérale de l'Etat actionnaire. Aussi, devons-nous observer que cette dérogation statutaire doit être prise avec beaucoup de prudence, car il

⁽⁶¹¹⁾ A plus de cinquante pour cent (50)% de participation de l'Etat, l'entreprise est publique. Cas des articles 4 et 6 de la loi sénégalaise n° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur public et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant des concours financiers de la puissance publique, JO du 7 juillet 1999; également décret sénégalais n° 2012-1223 du 5 novembre 2012 portant répartition des compétences dans les entreprises parapubliques entre la Présidence de la République, la primature et les ministères. Voir aussi, Amadou KEBE, « Réforme institutionnelle dans le secteur parapublic au Sénégal : cas du chemin de fer ; Sénégal, Harmattan, 2012 pp. 30 et s.

⁽⁶¹²⁾ Voir dans la doctrine française qui soutient que le droit public et le privé s'influencent réciproquement, FLOUR J. Les influences réciproques 1. Influence du droit public sur le droit privé ; Rev. De droit HENRI CAPITANT, en collaboration avec Ed. Juridique Lexibase, n° 5 du 30 décembre 2012.

⁽⁶¹³⁾ SAVATIER, Du Droit civil au droit public ; chapitre préliminaire p. 11 « d'une liberté individuelle illimitée dans l'orbite du droit public ».

n'est pas possible de prévoir cette « inégalité légale » issue des principes du droit administratif⁽⁶¹⁴⁾, dans les statuts sans heurter le droit de certains actionnaires.

De même, en application du droit administratif, et dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, l'Etat peut prendre une décision privant un actionnaire du droit de vote ou lui en attribuer l'exclusivité. Une telle décision, même inscrite dans les statuts est considérée comme lésive en droit des sociétés⁽⁶¹⁵⁾. Or l'alinéa 2 de l'article 54 de l'AUSC et GIE pose la prohibition des clauses lésives et des clauses d'exonération totale de responsabilité à l'égard d'un ou d'une catégorie d'associés.

Néanmoins, il est peu de dire que la portée générale des dispositions de l'article 54 cité ci-dessus, est atténuée par les articles 543, 544 et 752 de l'AUSC et GIE qui prévoient la possibilité d'une limitation du nombre de voix et d'émission des actions à vote double. Cela peut être perçu comme une inégalité introduite dans l'AUSC et GIE par mimétisme au droit administratif. Mais, il s'agit d'une inégalité qui ne peut être que statutaire. D'ailleurs, la doctrine française admet que des déséquilibres « légers » entre plusieurs parties ne sont pas considérés comme des clauses lésives⁽⁶¹⁶⁾. Ainsi, par exemple, alors que l'Acte uniforme prévoit une responsabilité limitée aux apports de chacun des actionnaires, les statuts peuvent légalement inclure une clause qui modifie cette répartition. Dès lors, si l'Etat actionnaire devait prévoir de telles clauses, sans tomber dans l'arbitraire, cela ne peut être que dans les statuts de l'entreprise publique ou dans un acte extrastatutaire, en application de l'article 2-1 de l'AUSC et GIE révisé.

2) L'éviction de l'arbitraire

L'idée générale que draine le droit administratif est qu'aucun sujet juridique ne peut contraindre l'Etat, plutôt le contraire. Cependant, les décisions que celui-ci prend doivent respecter la légalité. C'est pourquoi, il n'est pas exclu que l'Etat rencontre des bornes à son action, constituant autant de droits dont peuvent se prévaloir les particuliers. Ces limites ou sujétions qui peuvent s'imposer à l'Etat sont souvent plus importantes que celles que l'AUSC et GIE impose aux actionnaires ordinaires : l'Etat est tenu par exemple, de poursuivre l'intérêt général dans tous ses actes, les conditions de légalité de son action sont plus strictes, sa responsabilité peut être engagée plus facilement, telle la responsabilité sans faute.

En théorie, il est indéniable qu'il existe, en droit administratif des contrepoids à toutes les actions de l'Etat pouvant permettre d'assurer l'équilibre dans l'entreprise publique. Cependant, par-delà cet équilibre apparent de droits et de devoirs, le droit administratif n'en est pas moins caractérisé par l'existence d'un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'Etat et le particulier qui constitue la véritable source des privilèges

⁽⁶¹⁴⁾ Il est possible de prévoir dans les statuts par exemple, un partage égal des bénéfices ou des pertes malgré l'inégalité des apports ou bien l'inégalité des apports mais partage inégal des bénéfices ou des pertes. Les statuts peuvent prévoir un droit à premier dividende pour certains actionnaires seulement.

⁽⁶¹⁵⁾ René NJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit OHADA, *Juridis Périodique* n°77, janvier –Février – Mars 2009.

⁽⁶¹⁶⁾ Ph. REIGNE et Th. DELORME, *La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 novembre 2002, n) 11, p. 1117, Wikipédia, Article « Clause lésive », 21 août 2013.

administratifs⁽⁶¹⁷⁾. Il est remarquable que les contrepoids sont légers dans nos Etats. Les textes du droit administratif eux-mêmes, s'ils existent sont discrets sur les droits des particuliers et les obligations de l'Etat avec comme conséquence la méconnaissance de ces textes par ceux qu'ils sont censés régir. Ceci conduit à faire observer que l'Etat actionnaire n'est contraint qu'à des limites plus faibles ; et surtout, la faiblesse du contrôle juridictionnel ne permet pas toujours aux autres actionnaires de s'opposer efficacement aux violations du droit des sociétés OHADA. L'inégalité entre l'Etat actionnaire et les autres actionnaires dans une entreprise publique pluraliste apparaîtrait donc plus nettement, si l'on applique le droit administratif à l'entreprise publique. Ce qui ne répond pas à la vocation de l'AUSC et GIE qui érige l'égalité des actionnaires en un principe.

Quant à la spécificité des règles du droit administratif, elle ne signifie pas pour autant que celui-ci constitue pour l'Etat un privilège: si l'administration bénéficie d'un ensemble de prérogatives, au moins en partie⁽⁶¹⁸⁾ exorbitantes du droit commun des sociétés, elle est soumise aussi à des sujétions particulières fondées sur l'imbrication des idées de « puissance » et de « service ». L'on constate aussi que le régime administratif, s'il est appliqué à l'entreprise publique, se caractériserait par une combinaison de règles, les unes favorables à l'Etat, les autres favorables aux actionnaires particuliers⁽⁶¹⁹⁾ ; ce qui lui donne, sans doute, un caractère ambivalent et par conséquent, imprécis dans son application.

3) Les influences des droits nationaux sur le droit des sociétés OHADA

Classiquement, l'on parle d'influence du droit communautaire sur les droits nationaux ; la mesure inverse nous semble, pour parler comme G. DECOCQ⁽⁶²⁰⁾, plus rare, parce qu'il se heurte d'emblée à un obstacle majeur. Une telle influence semble contraire à la hiérarchie des normes⁽⁶²¹⁾. Le droit communautaire, en tant qu'ordre juridique autonome et supérieur ne pourrait donc pas être influencé par le droit national. Et pourtant, une telle influence se constate en droit communautaire OHADA. Invoquer l'influence d'un droit national, le droit administratif par exemple, sur le droit communautaire nous oblige à une mise en garde préliminaire. Elle exigerait, en principe de comparer chronologiquement les deux ordres juridiques, de mesurer leurs convergences ainsi que les causes de celles-ci. Ceci se fera en ayant à l'esprit que le seul fait que les solutions retenues par l'AUSC et GIE sont en harmonies avec celles ultérieurement adoptées par le droit administratif ne suffit pas à conclure automatiquement à l'influence de ce dernier.

⁽⁶¹⁷⁾ J. CHEVALLIER, *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p. 3 s.

⁽⁶¹⁸⁾ Comme l'ont parfaitement montré C. Eisenmann et plus récemment J.-C. Vénézia (*Puissance publique, puissance privée*, Mélanges Eisenmann, Cujas, 1974, p. 363 s.), bien des règles prétendent déroger se rencontrent en fait en droit privé.

⁽⁶¹⁹⁾ Comme le disait J. RIVERO (*Existe-t-il un critère du droit administratif*, RDP, 1953, p. 279 s.), « Les règles de droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits ».

⁽⁶²⁰⁾ Georges DECOCQ, *L'influence des droits nationaux sur le droit communautaire de la concurrence*, Actes de colloque, déc. 2008.

⁽⁶²¹⁾ J. B. BLAISE, *Influence croisées entre droit national et droit communautaire de la concurrence*, la documentation française 2000, coll. Monde Européen et international.

Nous allons donc concentrer nos propos sur certaines spécificités qu'apporte le droit national pour l'édification du droit des sociétés OHADA. Cette restriction conduit à exclure du présent paragraphe l'influence des règles internationales de droit des sociétés non intégrés dans les ordres juridiques des Etats parties⁽⁶²²⁾.

A certains endroits, l'on s'aperçoit que le législateur africain a pris en compte dans son raisonnement, l'existence d'un droit national régissant les entreprises publiques. A ce sujet, l'on ne peut pas manquer de rappeler que la plupart des Etats parties au Traité OHADA, tel que le Togo, le Cameroun, le Sénégal, le Gabon... avaient leurs lois propres régissant les entreprises publiques. Cette réalité a, sans nul doute, inspiré et incité le législateur africain dans la rédaction de l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE citer nommément les entreprises propriétés de l'Etat commises audit Acte uniforme. L'on s'aperçoit que le droit national a été considéré comme un fait justificatif et un fait social ayant entraîné l'extension à l'entreprise publique l'application du droit communautaire. Il influe dans ce cas sur la situation économique des sociétés et du droit communautaire. L'introduction de la possibilité des conventions extrastatutaires par l'AUSC et GIE révisé (article 2 – 1) donne plus de liberté à l'Etat actionnaire d'user de certaines prérogatives de puissance publique dans la gestion de son entreprise.

L'on peut également mettre en exergue l'influence du droit administratif sur l'AUSC et GIE quand il s'agit du contrôle exercé par l'Etat actionnaire sur les entreprises publiques en application du droit des sociétés commerciales. En effet, la notion de contrôle administratif exercé par l'Etat sur les personnes chargées de réaliser une mission d'intérêt général est analogue à celui exercé par tout actionnaire sur ses sociétés. Dans cette perspective, l'on note que l'Etat exerce sur son entreprise un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ces services publics et se comporte en supérieur hiérarchique qui dirige et surveille son entreprise. Ceci illustre sans doute, comme le disait D. PIAZZONI, un possible conflit d'influence entre le droit administratif et le droit des sociétés⁽⁶²³⁾. Par-delà et sur le plan juridictionnel, comme l'indique D. DECOCQ, à certains égards, il arrive que les juridictions communautaires européennes adoptent une vision plus « administrativiste » du contrôle⁽⁶²⁴⁾. Il faut noter que l'influence des droits nationaux se manifeste également dans d'autres branches de droit. En effet, il n'est pas rare que l'entreprise publique invoque le droit national pour excuser son comportement délictueux. Ainsi peut-on déceler par exemple, l'influence du droit pénal national dans la notion d'entente complexe et continue « forgée » par les tribunaux français⁽⁶²⁴⁾ et entérinée par la doctrine française également dans de l'influence des règles des droits public et civil sur le droit communautaire européen de la concurrence⁽⁶²⁵⁾. De même, l'on

⁽⁶²²⁾ Les règles contenues dans les accords internationaux bilatéraux ainsi que celles élaborées par les instances internationales de corporations multilatérales, telles que l'OCDE, l'ONU l'OMC entendues sous le vocable de « *lexis societatis* » sont donc exclues quand il s'agit du droit applicable aux entreprises publiques nationales.

⁽⁶²³⁾ D. PIAZZONI, *Précisions jurisprudentielles sur les contrats « in house »*, *Rev. Lamy de la concurrence*, juillet/septembre 2007, n° 12 p. 56.

⁽⁶²⁴⁾ Georges DECOCQ, *op. cit.* p. 8.

⁽⁶²⁴⁾ v. notamment, TPI 8 juillet 2008, *Aff. T-52/03, Knauf Gips et Aff. T-53/03, BPB*.

⁽⁶²⁵⁾ Voir par exemple, L. IDOT, *Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles*, *Mélanges dédiés à B. BOULOC, les droits et le droit*, Dalloz 2007.

a pu démontrer que la notion de services d'intérêts économiques généraux doit beaucoup au droit français de la notion de service public⁽⁶²⁶⁾.

L'analyse des propos qui précèdent révèle, comme le souligne L. IDOT, que ce n'est pas à proprement parler le droit administratif qui influence le droit des sociétés OHADA, mais une étude de droit comparé des droits nationaux des Etats parties⁽⁶²⁷⁾. En réalité, l'influence sur le droit communautaire est le fait des enseignements que l'on tire des droits nationaux (jugement de valeur positif pour retenir une solution et négatif pour l'écarter). Aussi, faut-il savoir qu'entre le droit administratif et l'AUSC et GIE, il n'y a pas de subordination de nature, d'un caractère permanent, mais d'une complémentarité de deux ordres juridiques qui se chevauchent tout en maintenant, chacun dans son domaine matériel, l'autonomie de ses règles.

Pag. II. L'autonomie des règles du droit administratif

En qualifiant le droit administratif de droit autonome, l'on entend dire qu'il est constitué par un ensemble de règles qui se différencient catégoriquement du droit Privé en général et du droit des sociétés OHADA en particulier. Ce qu'il importe de bien saisir, c'est la portée de cette autonomie, par rapport à une éventuelle application du droit administratif à l'entreprise publique. Cette autonomie se manifeste tout d'abord dans les règles qui intéressent le fond du droit. Par exemple, les divers privilèges de l'administration ou les diverses obligations de service public constituent des éléments spécifiques à l'administration⁽⁶²⁸⁾, c'est-à-dire qu'ils n'ont aucun équivalent en droit des sociétés d'où l'application des règles spéciales (A) à ces éléments également spécifiques propres à l'Administration.

L'autonomie se manifeste aussi au niveau des techniques juridiques. C'est ainsi que nous verrons qu'il existe une pléthore de règles en droit administratif qui sont prises pour régler tel ou tel cas juridique, laissant de la place pour des interprétations (B).

A. L'application des règles spéciales

Les privilèges et les obligations de service public constituent des éléments qui n'ont pas d'équivalent en droit OHADA, puisqu'ils sont des concepts du droit administratif réservés à l'Etat. L'expression de cette puissance tutélaire suppose que le droit administratif qui est le pourvoyeur des règles de droit applicables à l'Etat et appliquées par l'Etat, possède ses propres constructions théoriques et doctrinales et son « style » particulier basés sur le commandement (1), reflet de la souveraineté (2).

⁽⁶²⁶⁾ R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence T II B*, p. 487 et s. publisud, 2005.

⁽⁶²⁷⁾ L. IDOT, *Droit communautaire et droit comparé : brèves observations sur une rencontre indispensable*, Mélanges X, Blanc-jouvan ; *De tous horizons société de législation comparée*, 2005 ; P. PESCATORE, *Le recours dans la jurisprudence de la Cours de Justice des Communautés Européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, *Rev. Int. Drt. Comparé*, 1980, p. 337.

⁽⁶²⁸⁾ André PANCHAUD, *Les décisions administratives, étude comparative*, *Revue internationale du droit comparé*, 1962, vol. 14, n° 4, p. 677 et suiv.

1) Le commandement comme moyen d'expression en droit administratif

Du fait des prérogatives que lui confère le droit administratif, l'Etat est la seule personne morale chargée de mettre en œuvre, de gérer, d'instrumenter le monopole du commandement par la contrainte. Transcrivant cette puissance en termes juridiques, l'on observe que le droit administratif est également caractérisé par une structure asymétrique régie par un principe d'unilatéralité, de non-réversibilité et de non-réciprocité. Ce principe marqué par le seau du commandement et des ordres verticaux ne peut pas s'appliquer à l'entreprise publique commerciale où, par la force de l'AUSC et GIE, la « démocratie » est de mise.

Prenant pour témoins l'article 4 de l'AUSC et GIE, l'on observe que le droit administratif, à cet égard, est contraignant. En effet, cet article définit la société comme un contrat. Or tout contrat suppose un engagement unilatéral d'abord qui rencontre ensuite, l'engagement des autres actionnaires. Autrement dit, une fois la société commerciale créée, l'unilatéralité disparaît pour laisser la place à l'engagement réciproque. En ce sens, le caractère unilatéral que le droit administratif donne à ces actes est battu en brèche par la conception contractuelle de la société commerciale⁽⁶²⁹⁾. Cependant, l'on doit être prudent ; il ne s'agit pas de la victoire des tenants du caractère contractuel du contrat de société sur ceux du caractère institutionnel de celui-ci. L'article 5 de l'AUSC et GIE prévoit ce que l'on peut considérer comme une dérogation. En effet, cet article reconnaît la possibilité de création d'une société commerciale par une seule personne. Tel est le cas de l'entreprise publique unipersonnelle (article 385 al. 2).

Certes, l'Etat peut exercer son commandement dans l'entreprise publique. Mais ce commandement doit tenir comme de l'avis de toutes les parties prenantes et des règles de fonctionnement prévu par l'AUSC et GIE. La puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition⁽⁶³⁰⁾ reconnue à l'Etat ne peut en aucun cas, être mise en œuvre dans l'entreprise publique dans les rapports entre celui-ci et les représentants sociaux.

2) Le reflet de la souveraineté étatique

De par ses origines constitutionnelles, le droit administratif peut être considéré comme un droit purement national, puisqu'il n'existe pas, du moins pour le moment, une constitution interétatique. Par conséquent, les règles ayant leur source dans la constitution ne peuvent pas être les mêmes dans tous les Etats parties OHADA. Il s'ensuit que le droit administratif est un droit qui offre à chaque l'Etat les droits régaliens qui désignent ses marques de souveraineté.

A cet égard, l'Etat est la seule personne morale titulaire de la souveraineté ; et celle-ci constitue l'un de ses critères clé. Fort de la souveraineté, l'Etat n'est soumis à aucune autorité supérieure qu'à lui-même. Pour reprendre les propos de J.-P. JACQUE, elle a une double face : l'une interne et l'autre externe⁽⁶³¹⁾. La face interne est celle qui permet à

⁽⁶²⁹⁾ V. Emile TYAN, *Droit Commercial*, Tome I. P ; 274.

⁽⁶³⁰⁾ Charlotte DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union Européenne*, op. cit.

⁽⁶³¹⁾ Jean-Paul JACQUE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. ci. P. 65.

l'Etat de s'affirmer comme le seul détenteur de pouvoir absolu de décider. L'autre face, externe donc, s'analyse comme son indépendance à l'égard des autres Etats.

D'après ce qui précède, l'on observe qu'une éventuelle application du droit administratif à l'entreprise publique dans l'espace OHADA peut buter sur deux points :

- le Traité OHADA en son l'article 10 qui pose un double principe sur lequel l'on ne va pas s'attarder, mais dont il convient d'énumérer les deux grandes lignes à savoir celle de la primauté des normes de l'ordre juridique OHADA et celle de l'effet abrogatoire de la norme OHADA. De ce double principe, l'on en tire trois conséquences en ce qui concerne les rapports entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques nationaux, en l'occurrence le droit administratif : le droit OHADA, parce qu'il ne peut être contesté une fois adopté et entré en vigueur, il a un caractère supranational ; parce qu'il a vocation à être immédiatement et directement applicable dans l'ordre juridique interne de chaque Etat partie, sans procédure quelconque de réception dans le droit interne, il revêt un caractère transnational ; parce qu'il fixe lui-même sa propre place par apport aux droits internes⁽⁶³²⁾, il atteste l'existence et la primauté de l'ordre juridique OHADA. En plus de cette primauté du droit OHADA sur le droit administratif par exemple, le champ spatial du premier déborde le territoire dans lequel le droit administratif est sensé s'appliquer. Par conséquent, dès lors que l'entreprise publique est constituée sous la forme de l'une des sociétés commerciales, elle est soumise à l'ordre juridique OHADA.
- L'AUSC et GIE qui pose entre autres, les règles de répartition des pouvoirs des différents organes de l'entreprise publique et celles de l'égalité des actionnaires ; Autrement dit, il ne doit pas exister dans la gestion de l'entreprise publique, l'exercice de pouvoir absolu qui viendrait contrarier les dispositions de l'AUSC et GIE qui sont supranationales.

Dans cette logique, et sans engager le débat sur la hiérarchie des textes applicables à un Etat, mais en considération de tout ce qui précède, il ressort que les règles de droit administratif sont trop exergues et incertaines pour être applicables à l'entreprise publique. Également, l'on ne doit pas perdre de vue le caractère jurisprudentiel et « évolutif » du droit administratif.

B. Le caractère interprétatif des règles du droit administratif

Guy BRAIBANT rappelle que dès son origine le droit administratif a été pensé comme un droit qui contrairement au droit civil, pénal ou privé général ne devait pas être codifié ; c'est-à-dire, en réalité, « légiféré », mais devait plutôt faire l'objet d'évolutions jurisprudentielles⁽⁶³³⁾. Dans le même sens, Edouard LAFERRIERE doutait que le droit administratif puisse être codifié⁽⁶³⁴⁾. Contre toutes ces prétentions, l'on assiste néanmoins à un mouvement de codification en droit administratif. L'exemple, en France, en est le

⁽⁶³²⁾ Paul-Gérard *POUGOUE*, *Doctrines OHADA et théorie juridique*, *Revue ERSUMA*, droit des affaires – pratique professionnelle, n° 2, mars 2013.

⁽⁶³³⁾ BRAIBANT G., « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, 2006, p. 1428. PACTEAU B., *A propos des grands arrêts du contentieux administratif*, *RFDA*, 2008, p. 519.

⁽⁶³⁴⁾ Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*.

Code général de la propriété des personnes publiques du 26 avril 2006. Contrairement à ce mouvement de codification du droit administratif en France⁽⁶³⁵⁾, dans les Etats parties au Traité OHADA ce droit reste épars. Ce qui signifie que le rôle du juge administratif est loin d'être amoindri. Ainsi, le droit administratif reste-il marqué par un scean jurisprudentiel (1) qui doit être vu avec relativité (2).

1) Le scean jurisprudentiel des règles du droit administratif

Le droit administratif, comme tout droit d'ailleurs, est issu des sources habituelles qui ne sont autres que la jurisprudence et la loi. Cependant, comme l'ont relevé J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET⁽⁶³⁶⁾, le débit respectif de ces sources est caractérisé par l'importance de la première. Bien que cette réalité française soit inversée en Afrique où c'est plutôt la loi qui constitue l'importante source d'inspiration du droit administratif, la jurisprudence, tant soit peu, joue un rôle dans la formation des règles de droit administratif⁽⁶³⁷⁾. Il faut noter que les règles jurisprudentielles dans la plupart des Etats parties au Traité OHADA, restent encore très faibles⁽⁶³⁸⁾. Néanmoins, elles constituent une source formelle du droit administratif, définies en prenant en considération les lois, les procédés nationaux et la jurisprudence française.

Ce qui est frappant est que le droit administratif est largement l'œuvre du juge qui aujourd'hui, consacre des règles nouvelles de manière souveraine⁽⁶³⁹⁾. De cette nature jurisprudentielle, il résulte un certain nombre de difficultés. D'abord, la codification fait défaut, Puisque les solutions jurisprudentielles sont éparées, d'où un possible embarras d'interprétation devant le langage presque sibyllin et elliptique que ce droit traduit. Ensuite, conséquence de la première difficulté, le risque de contre sens et de faux sens, celui de majorations ou, au contraire, de minorations indues de la portée des arrêts⁽⁶⁴⁰⁾. Dans ces conditions d'instabilité et parfois d'incohérence, le droit administratif est inapte à s'appliquer à l'entreprise publique qui, du point de vue économique, doit évoluer dans un environnement juridique stable et dynamique et non mouvant.

Les règles les plus importantes de droit administratif sont donc fixées par le juge, soit que celui-ci ait plus ou moins artificiellement rattaché la règle à un texte préexistant, soit qu'il les ait affirmées de son propre chef. Ce rôle d'interprète des lois en droit administratif, que le juge est amené à jouer, est sans nul doute, dû comme le soutiennent

⁽⁶³⁵⁾ *Réflexion sur le code général de la propriété des personnes publiques, ouvr. Collectif, Colloque du 29 nov. 2009 à l'Univ. De Lille II, Coll. Colloques et débats, 1^{ère} éd. ss la dir. de S. GUERARD, v. Lexis Neris DU 24 sept. 2014 ; Droit administratif des biens, Code général de la propriété des personnes publiques, ouv. Coll. Dalloz Libraire, 5 juin 2005.*

⁽⁶³⁶⁾ J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*

⁽⁶³⁷⁾ Alain BOCKEL, *op. cit.* . 85 et s.

⁽⁶³⁸⁾ *Mise à part la République du Sénégal et la République du Cameroun ou la production normative du Conseil d'Etat est très importante et qui contribue à poser ou développer certains principes et certaines règles en matière de la responsabilité publique et de conditions de légalité des actes administratifs.*

⁽⁶³⁹⁾ Arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006 société KPMG, n° 288460 par lequel le CE consacre un nouveau principe de sécurité juridique. Il a fait œuvre de création de droit.

⁽⁶⁴⁰⁾ André de LAUBADERE, *Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité, EDCE 1979-1980, n°31, P. 17.*

certain auteurs, à « l'importance des lacunes législatives »⁽⁶⁴¹⁾. En ce sens, l'on observe que le juge est devenu le véritable "créateur" du Droit Administratif. Quand bien même la jurisprudence joue également un rôle en droit des sociétés commerciales, elle n'enferme pas aussi des lacunes que celle du droit administratif. Elle est codifiée. En ce sens, il n'est pas superflu d'affirmer que le droit OHADA est un droit récent dont l'interprétation des dispositions n'est pas aussi avancée que celles issues des lois régissant l'administration publique. Les dispositions de l'AUSC et GIE sont assez complètes, assez « claires » et souvent impératives ; ce qui a réduit du coup, le renvoi à d'autres textes et des interprétations de la part du juge. Et comme le soulignent certains auteurs africains, la clarté et la complétude donne à cet Acte uniforme un caractère unitaire qui le renforce⁽⁶⁴²⁾, certainement par rapport aux autres textes. Par contre, pour la construction des règles et théories dégagées par le juge en droit administratif, l'on peut citer à titre d'exemple, la théorie de la responsabilité administrative, la théorie du pouvoir de commandement, la théorie des services publics, théorie des contrats administratifs et la théorie du recours pour excès de pouvoir. L'on constate que toutes ces théories n'ont pas d'équivalent en droit des sociétés OHADA. Donc, vouloir appliquer le droit administratif dans un contexte commercial comme celui de l'entreprise publique serait, aller contre la nature et le régime de celle-ci.

La nature jurisprudentielle du droit administratif le distingue encore du droit des sociétés OHADA qui est surtout un droit écrit ; ce qui est, évidemment, une raison de son aspect mouvant justifiant du coup, son incapacité à s'appliquer à l'entreprise publique qui se veut être rassurée par la pérennité des règles de droit auxquelles elle doit être soumise.

2) Le relatif caractère jurisprudentiel du droit administratif

Aujourd'hui l'on doit nuancer le caractère totalement jurisprudentiel du droit administratif. Dans certains Etats parties au Traité OHADA, l'on assiste à une formalisation du droit administratif⁽⁶⁴³⁾, c'est-à-dire que les règles sont reprises par des textes écrits. Si l'on reprenait les propos d'Alain BOCKEL, selon lesquels le droit

⁽⁶⁴¹⁾ André de LAUBADERE, de (1910-1981), Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif. Tome 1, Droit administratif général : l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs*, 16^eéd. Paris : LGDJ, p. 918.

⁽⁶⁴²⁾ P. G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *sociétés commerciales et GIE, OHADA. com*, p. 2.

⁽⁶⁴³⁾ cas du Sénégal où le C E est né depuis 1992 : voir A. B. FALL, *La responsabilité extra contractuelle de la puissance publique : essai de transposition du droit administratif français dans un pays d'Afrique noire*, Thèse, Uni. Bordeaux IV, 1994, 2t. 873 p. ; N. M. DIAGNE, *Les méthodes et techniques du juge sénégalais en matière administrative*, Thèse d'Etat en droit, MUCAD, 1995 ; F. MBODJ, *Le principe de la légalité sportive ; étude du contentieux en droit administratif du sport*, Thèse en droit, UCAD, 2006. Cas du Cameroun avec la loi n°2006/022 du 29 décembre 2006 fixant organisation et fonctionnement du tribunal administratif et le décret n° 2012/119 du 15 mars 2012 portant ouverture desdits tribunaux dans les 10 chefs-lieux de régions. Voir Guillaume Joseph FOU DA, *Droit administratif ; le juge administratif camerounais face au critère de la compétence fondée sur la notion de service public*, Rev. Le Droit du 21 novembre 2013.

administratif africain cherche sa voie⁽⁶⁴⁴⁾, il est temps de dire que ce dernier a retrouvé sa voie dans certains Etats parties. Sans parler d'un droit administratif « pana africain »⁽⁶⁴⁵⁾ à l'image du droit OHADA, l'on observe que le droit administratif tend désormais à devenir un droit écrit. Dans le même sens, et de façon générale, le doyen G. VEDEL relève, en effet, que le droit administratif change en douceur, mais qu'il change continûment⁽⁶⁴⁶⁾ et à D. TRUCHET de faire constater que l'étudiant qui l'apprend en deuxième année doit savoir que la matière ne sera plus exactement la même à la fin de ses études⁽⁶⁴⁷⁾.

Sur la base de ce qui précède, l'on peut se demander si cette formalisation progressive du droit administratif dans l'espace OHADA peut lui permettre d'être appliqué à l'entreprise publique au même titre que l'AUSC et GIE. Nous pensons que le caractère jurisprudentiel était un gage de souplesse du droit administratif, car il pouvait s'adapter aux évolutions sociales à travers des évolutions assez souples de la jurisprudence. Maintenant que les règles de droit administratif connues pour leur rigidité originelle⁽⁶⁴⁸⁾, ont tendance à être codifiées, leur application à l'entreprise publique commerciale semble beaucoup plus inadéquate. Ces règles orientées vers la satisfaction d'intérêt collectif, sont le plus souvent impératives ; elles s'imposent de manière absolue, alors que, bien que rigides à certains égards (la limitation du nombre des administrateurs, de la durée de leur mandat, le cumul de mandat, l'obligation de désigner un commissaire aux comptes ...)⁽⁶⁴⁹⁾ les règles du droit OHADA sont plus malléables dans leur application à l'entreprise publique⁽⁶⁵⁰⁾.

Mais force est de constater qu'un mouvement de pénétration du droit administratif dans le domaine du droit OHADA se fait sentir à cause de l'interventionnisme économique des pouvoirs publics par l'existence des entreprises publiques. Cette pénétration du droit administratif se manifeste notamment dans les effets de l'annulation des actes faisant grief. Par exemple, en cas de conclusion d'une convention interdite par un dirigeant avec un tiers, il y a lieu de faire valoir la notion de faute détachable des fonctions qui est une notion de droit administratif⁽⁶⁵¹⁾. Parce que la loi proscriit certaines conventions, celles-ci

⁽⁶⁴⁴⁾ Alain BOCKEL, *Recherche d'un droit administratif en Afrique francophone, Ethiopique*, n° 16, Rev. Socialiste de culture négro – africaine, NEA, chap. 3, pp. 541 et s.

⁽⁶⁴⁵⁾ Moustapha NGAIDE, *Présentation ouvrage ; droit administratif sénégalais, FSTP/UCAD*, Rev., 9 octobre 2012 revu le 2 avril 2013.

⁽⁶⁴⁶⁾ G. VEDEL, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge*, Mél. WALINE, Paris, LGDJ, 1974, p. 777.

⁽⁶⁴⁷⁾ Didier TRUCHET, *Droit administratif, thémis droit*, PUF, p. 42.

⁽⁶⁴⁸⁾ *La spécificité du droit administratif est de devoir ses caractéristiques et ses principes fondamentaux à l'esprit révolutionnaire, et d'avoir trouvé ses premiers développements dans la volonté d'organisation et de toute-puissance de l'Etat dans le premier empire (France).*

⁽⁶⁴⁹⁾ Articles 2-1 et 996 de l'AUSC et GIE par exemple.

⁽⁶⁵⁰⁾ Voir les articles suivants de l'AUSC et GIE : 416 et s. pour le nombre des administrateurs, 420 pour la durée du mandat, 425 pour le cumul de mandats et 702 et s. pour la désignation d'un commissaire aux comptes et son ou ses suppléants.

⁽⁶⁵¹⁾ G. AUZERO, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé : Droit des Affaires*, 1998, P. 502.

ne peuvent relever des fonctions des dirigeants sociaux. Tel a été la position du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou le 10 janvier 2000⁽⁶⁵²⁾.

Malgré sa pénétration dans le domaine de l'AUSC et GIE, le droit administratif demeure un droit spécial par son origine et par son objet qui peuvent avoir un impact sur son application à l'entreprise publique. D'une part, il est une émanation de l'Administration et à ce titre, il est l'expression d'une forme de « toute-puissance ». Ceci participe naturellement à un caractère autoritaire et à une transcendance du droit administratif par rapport aux personnes physiques et morales vivant dans un Etat. En plus, l'Administration commande et s'impose en cas de résistance, par la force organisée dont elle détient le monopole. Dès lors, soumettre l'entreprise publique au droit administratif serait la soumettre à l'aléatoire avec comme conséquence de sacrifier ses intérêts et partant, ceux de son actionnaire. D'autre part, par son objet, le droit administratif est le droit de l'Administration et non celui des personnes privées, et donc essentiellement tournée vers la puissance publique détenteur de prérogatives de puissance publique. Or, comme le dirait G. J. GUGLIELMI, « les prérogatives de puissance publique ne sont pas des marchandises » pour que les personnes physiques puissent les acheter⁽⁶⁵³⁾.

De toutes les façons, il y a une contradiction évidente entre la nature de la règle de droit administratif, générale et abstraite et celle de l'AUSC et GIE plus précise et concrète, plus apte à s'appliquer à l'entreprise publique et donc plus avantageuse pour l'Etat qui intervient dans le commerce. Pour plus de compétitivité dans ce monde concurrentiel, l'entreprise publique ne doit plus avoir à répondre aux exigences des règles du droit administratif conçues par l'Etat pour l'Etat en considération ses spécificités. La conciliation de l'intérêt général avec l'intérêt privé doit se faire en considération des dispositions de l'AUSC et GIE conçues pour répondre aux exigences du commerce.

⁽⁶⁵²⁾ Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, Jugement n° 860 du 10 janvier 2000, Ministère public / YAMEOGO Jean Vivien Alfred, ohadata J-05-225.

⁽⁶⁵³⁾ Gilles J. GUGLIELMI, « Les prérogatives de puissance publique ne sont pas des marchandises », *Drôle-d'En-Droit*, sept. 2014 ; v. Bernard Louis BALTHAZARD, *Le développement face à la puissance publique*, 2005, éd. L'Harmattan, p 38.

TITRE II. UNE APPLICATION DEPENDANTE DES AMENAGEMENTS

« La société n'est pas une institution dont le mécanisme est entièrement réglementé par la loi ».

Mamadou KONE

Comme une profession de foi en l'autonomie du droit commercial, autonomie signifiant non seulement prise de position en faveur de la dualité du droit commercial et le droit civil, mais encore la négation du « vieux » principe du droit commercial, droit d'exception, subordonné au droit civil, J. HAMEL et G. LAGARDE⁽⁶⁵⁴⁾ ont planté le décor de l'autonomie du droit commercial. A première vue, et pour ce qui concerne la détermination du droit applicable à l'entreprise publique, il est tentant de prendre position en faveur de la divergence du droit administratif et l'AUSC et GIE. Le choix en faveur de l'AUSC et GIE comme « spécialisé dans l'organisation et la systématisation des phénomènes de la vie économique »⁽⁶⁵⁵⁾, doit s'adapter nécessairement à deux caractères propres de cette vie économique : d'une part, la rapidité des opérations commerciales, la place prépondérante du crédit. D'autre part, les transformations du droit des sociétés sont nécessairement menées à un rythme beaucoup plus rapide et brutal que celle du droit administratif. En effet, la divergence des deux disciplines n'est inspirée que par la volonté de souligner leurs différences et de mettre en relief les caractères originaux du droit des sociétés conçu comme droit applicable aux sociétés commerciales. L'on constate également que par son contenu, le droit administratif est certes, différent du droit des sociétés commerciales, soit parce qu'il n'y a pas de correspondant, tel le cas des prérogatives de puissance publique, soit parce que les théories correspondantes y revêtent des formes originales propres avec des règles différentes, c'est le cas par exemple, des théories de propriétés ou des contrats⁽⁶⁵⁶⁾.

Cependant, s'inspirant des conclusions de l'arrêt Blanco⁽⁶⁵⁷⁾, il n'est plus de doute quant à la soumission de l'entreprise publique aux règles de droit administratif et de droit des sociétés. Aussi, l'Etat prend-il, des actes qui peuvent, selon le cas, relever d'un régime de droit administratif ou d'un régime de droit privé. Selon le régime applicable, les juridictions de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire seront compétentes pour statuer sur le litige et pour définir le régime applicable en vertu justement, d'un autre principe dégagé par l'arrêt Blanco selon lequel la compétence suit le fond. En ce sens, l'on s'aperçoit que la dualité de règles a toujours existé en France. Et dans cette conviction, le Doyen Jean-Marie AUBY, dans un élan plus extensif, définissait d'ailleurs le droit administratif comme l'ensemble des règles applicables à l'administration, de droit public et de droit privé⁽⁶⁵⁸⁾. Autrement dit, à certains égards les règles de droit administratif et celles de droit des sociétés privées OHADA se recoupent et s'entremêlent en se complétant. Partant de ce constat, l'on verra en se basant sur la pratique, les possibilités légales pouvant permettre de négocier l'application simultanée des deux droits à l'entreprise publique (Chapitre I) par la consécration des aménagements (Chapitre II).

⁽⁶⁵⁴⁾ J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, tome I, Rev. Internationale de droit comparé, 1955, vol. 7 n° 4, pp. 848-852.

⁽⁶⁵⁵⁾ *Idem*.

⁽⁶⁵⁶⁾ Jean-Claude VENEZA, Yves GAUDEMET, *droit administratif*, 16^e éd. *Op. cit.*

⁽⁶⁵⁷⁾ Arrêt Blanco, *op. cit.*

⁽⁶⁵⁸⁾ Jean-Marie AUBY, Pierre BO, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYE, *Droit administratif des biens, domaine public et privé-Travaux et ouvrages publics-Expropriation*, Dalloz numérique, éd. n° 6, oct. 2011, pp. 85 et s.

CHAPITRE I. UNE APPLICATION NÉGOCIÉE

Les dispositions de l'AUSC et GIE, comme toute règle de droit, sont un instrument de prévision et de repère obligeant toute personne qui désire créer une société commerciale de s'en référer pour cristalliser sa volonté. Ceci ne voudrait pas pourtant, dire que l'Acte uniforme est parvenu à tout prévoir surtout pour ce qui concerne l'entreprise publique. Il semble que les usages, l'équité ou les règles de droit administratif peuvent permettre de suppléer ou de compléter les « insuffisances » de cet Acte uniforme quant à son application à l'entreprise publique. L'on déduit donc que la société n'est jamais une institution dont le mécanisme est entièrement réglementé par la loi⁽⁶⁵⁹⁾. Ceci confirme que le rôle de l'AUSC et GIE consisterait tout simplement à fixer des garde-fous dont le but est d'arbitrer des éventuels conflits qui peuvent naître dans la gestion des intérêts antagonistes des parties prenantes de l'entreprise publique. L'avis contraire traduirait une atteinte intolérable à la liberté des conventions et aux pouvoirs régaliens des Etats qui, eux aussi ont le droit de compléter, dans une certaine mesure, les dispositions de l'Acte uniforme par des lois nationales⁽⁶⁶⁰⁾.

Dans cette logique, l'application combinée ou négociée des règles l'AUSC et GIE et celles du droit administratif ne peut qu'être souhaitée. Pour cela, il suffit de reconnaître la primauté de l'AUSC et GIE sur les principes du droit administratif (Section I), d'identifier et de concilier les règles régissant l'intérêt privé tel que voulu par cet Acte uniforme et les règles d'intérêt général défendues par l'Etat (Section II).

Section I. La reconnaissance de la primauté des règles de l'AUSC et GIE sur les principes du droit administratif

Si comme l'observe M. KONE, l'entreprise publique n'est pas une institution dont le mécanisme est complètement réglementé par la loi⁽⁶⁶¹⁾, il n'en demeure pas moins que l'AUSC et GIE n'est pas un instrument juridique qui réglemente entièrement la vie de l'entreprise publique. Au-delà du fait que de cet acte uniforme est conçu comme un instrument d'encadrement général de l'entreprise publique, il est marqué en plus le sceau de la primauté, puisqu'il est un texte supranational. A cet effet, il est logique que ses dispositions priment sur les textes nationaux. Cependant, pour la satisfaction des impératifs nationaux ayant amené l'Etat à créer l'entreprise publique, l'on ne doit pas exclure, que parfois sur invitation de l'AUSC et GIE et pour les besoins de gestion de celle-ci, l'Etat puisse prendre des initiatives législatives concernant l'entreprise publique (Pag. I) avec comme règle l'encadrement des marges de manœuvre judiciaire par le droit OHADA (Pag. II).

⁽⁶⁵⁹⁾ Mamadou KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA ; Comparaisons avec le droit français*, LGDJ, 2003, n° 323, p. 204.

⁽⁶⁶⁰⁾ Mamadou KONE in *ouvr. op.*, p. 204. V. P. VOIRIN, « De l'imprévision dans les rapports de droit privé », Thèse 1922.

⁽⁶⁶¹⁾ Article 2 de l'AUSC et GIE.

Pag. I. L'ouverture aux initiatives législatives des Etats parties voulue par l'Acte uniforme

L'analyse des dispositions de l'Acte uniforme permet de faire observer que le caractère impératif est attaché à celles-ci. Il en était d'ailleurs, de même dans la loi française de 1966 qui s'appliquait dans la plupart des Etats parties au Traité OHADA⁽⁶⁶²⁾ de manière, soit à protéger les actionnaires ou soit à limiter leur droit par rapport aux tiers. En fait, l'entreprise publique n'échappe pas à l'impérativité des dispositions de l'AUSC et GIE. Mais à la lecture de certaines dispositions de l'Acte uniforme, cette impérativité n'est que de façade, puisque l'acte uniforme lui-même laisse des ouvertures permettant au législateur national de voter des lois relatives aux sociétés commerciales⁽⁶⁶³⁾. L'on finit par s'apercevoir que malgré leur caractère impératif, les dispositions de l'AUSC et GIE accordent à l'Etat actionnaire, quoi que contrôlée, une ouverture dans sa volonté de légiférer sur son entreprise (A). Ceci justifie que le juge judiciaire tienne compte des lois nationales dans ses décisions (B).

A. Une ouverture contrôlée par l'AUSC et GIE

La lecture combinée de l'article 10 du Traité OHADA et des articles 2, al 1 et 919 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du GIE révisé⁽⁶⁶⁴⁾ fait apparaître que la réglementation OHADA sur les sociétés commerciales est marquée à la fois par le sceau de l'autoritarisme et de la supranationalité⁽⁶⁶⁵⁾ vis-à-vis des dispositions présentes et à venir des lois internes des Etats parties.

Par sa supranationalité, l'AUSC et GIE est perçu comme un droit communautaire instrument de restriction des initiatives législatives nationales (1) ce qui justifie qu'un contrôle soit effectué quant à la conformité de celle-ci aux dispositions de l'AUSC et GIE (2).

1) Un instrument de restriction des initiatives législatives nationales

La question qui reste posée est celle de savoir s'il reste encore une marge de manœuvre réservée à un Etat partie pour légiférer sur le fonctionnement de ses entreprises publiques ? Une réponse négative ne fait l'objet d'aucun doute, si l'on s'en tient à l'article 10 du Traité OHADA. Dans la même logique l'article 2 de l'AUSC et GIE est clair : aucun associé quel qu'il soit n'a le pouvoir de substituer les dispositions de l'Acte uniforme par d'autres dispositions ou de les compléter. Cependant, *in fine*, le même article assouplit son exigence en disposant que « sauf dans les cas où l'Acte Uniforme

⁽⁶⁶²⁾ Voir J. PAILLUSSEAU, *La modernisation du droit des sociétés commerciales : une préconception du droit des sociétés commerciales*, Rec. Dalloz Sirey, 1996, p. 287.

⁽⁶⁶³⁾ Voir articles 2-1, 120 al2, 311 et 314 de l'AUSC et GIE révisé.

⁽⁶⁶⁴⁾ L'article 10 du Traité affirme la primauté du droit OHADA sur les dispositions du droit interne. L'article 2, al.1 consacre plus ou moins le caractère d'ordre public des dispositions de l'AUSC et GIE. Selon cet article, les statuts ne peuvent déroger aux dispositions de l'acte uniforme que par autorisation expresse dudit acte uniforme. Quant à l'article 919, alinéa 1^{er}, il pose le principe de l'abrogation des dispositions contraires à celles de l'Acte uniforme.

⁽⁶⁶⁵⁾) Pascal NGUIHE KANTE, *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique, in les mutations juridiques dans le système OHADA*, p. 181, nov. 2009 ; ss la dir. de André AKAM AKAM, Harmattan, Cameroun.

lui-même l'autorise expressément ». Ainsi dit, le législateur national ne peut, de son gré, modifier ou remplacer une disposition de l'Acte uniforme; une autorisation prévue par l'Acte Uniforme s'impose. Or, l'Acte uniforme n'a fait que procéder aux renvois, sans préciser clairement les cas dans lesquels, il est possible à l'actionnaire ou à l'Etat tout court, de substituer telle ou telle disposition par une autre disposition.

Du fait de l'intransigeance du traité de l'OHADA et de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE, l'on constate qu'aucune initiative législative concernant le fonctionnement de l'entreprise publique, ne peut émaner d'un Etat partie pour modifier ou créer de nouvelles conditions impératives, supplétives et/ou restrictives ou non en dehors de l'Acte uniforme. L'Avis de la CCJA du 13 octobre 1999⁽⁶⁶⁶⁾ est très éloquent et illustre bien le fait que toute initiative législative nationale dans le cadre des Actes Uniformes de l'OHADA se trouve confrontée à la barrière des dispositions impératives de celui-ci. En effet, dans cet Avis la CCJA tout en affirmant la force obligatoire et la supériorité des Actes Uniformes sur les dispositions du droit interne des Etats parties, déclare contraire et incompatible l'article 16 du projet de loi malien qui édicte des conditions nouvelles impératives et restrictives pour le bénéfice par le débiteur du délai de grâce. Selon la CCJA, cet article déroge à l'article 39 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution⁽⁶⁶⁷⁾. La doctrine par la voix du Professeur Filiga Michel SAWADOGO tente de donner une explication à la position de cet avis. En effet, selon lui les Actes uniformes « se situent au-dessus des lois internes » en raison du fait qu'ils « l'emportent sur les dispositions internes postérieures »⁽⁶⁶⁸⁾. Il serait de même si une disposition nationale nouvelle régissant le droit des sociétés commerciales venait à être prise.

Le caractère impératif, bien qu'émoussé (rapport l'article 2 de l'AUSC et GIE initial), résulte de la lecture de l'article 2 de l'AUSC et GIE révisé et est attaché de manière formelle à presque toutes les dispositions dudit Acte uniforme⁽⁶⁶⁹⁾. Ce caractère s'interprète comme consacrant la restriction, sinon l'interdiction pour tout législateur national, d'adopter une disposition de droit interne en matière des sociétés commerciales s'opposant au principe d'une application directe et obligatoire reconnue à cet Acte uniforme. En ce sens, Il est impossible au législateur national de vouloir compléter ou soustraire les dispositions de l'Acte Uniforme en dehors de toute invitation expresse du même Acte uniforme. Cela revient également à dire que l'Acte Uniforme a prévu tout sur la réglementation des sociétés commerciales et ne laisse, à cet effet, aucune place aux

⁽⁶⁶⁶⁾ Avis n° 002/99/EP du 13 octobre 1999, *Juriscope.org*, *Ohada.com/ohadata J-02-02*, sur demande de la République du Mali.

⁽⁶⁶⁷⁾ 22 mai 1999. Voir aussi AGBOYIBOR (P.) R.D.A.I., n° 8, 1999, PP. 924-926. L'Article 39 édicte la règle du report ou d'échelonnement des paiements des sommes dues dans les limites d'une année.

⁽⁶⁶⁸⁾ SAWADOGO (F. M.), *Les Actes Uniformes de l'OHADA : aspects techniques généraux*, Rev. *Burkinabè de Droit*, n° 39-40, n° spécial (2000), P. 45, cité DIEDHIOU (P.), in l'article 10 du *Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ?* *Ohadata D-08-05*, P. 5 et 6. Voir également, MEYER (P.), *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, *Penant* n° 855, 2006, p. 158-159. (17) CCJA, avis n° 001/2001, du 30 avril 2001, *op. cit.* p. 226.

⁽⁶⁶⁹⁾ A notre connaissance et sans risque de nous tromper, il y'a 63 exceptions à l'ordre public des dispositions de l'AUSC et GIE dont 52 relèvent des exceptions statutaires et 11 des exceptions légales. Pour ne citer que celles-ci : articles 54, 282, 386, 430, 500, 501, 546, 547, 756, 778, 807,

initiatives de l'Etat actionnaire et au législateur national⁽⁶⁷⁰⁾. Ce qui n'est pas totalement vrai, car cet Acte uniforme procède, comme l'on l'a vu plus haut, à certains égards, à des renvois express aux dispositions de droit interne⁽⁶⁷¹⁾.

2) Un contrôle obligatoire de la conformité des textes juridiques pris par les Etats parties

Si l'AUSC et GIE autorise que les Etats parties puissent prévoir des textes pour la gouvernance de leur entreprises, il est aussi légitime que la conformité de ces textes à cet acte uniforme soit contrôlée. En interne, ce rôle doit être dévolu au conseil constitutionnel et au juge administratif. Le contrôle de la constitutionnalité est le contrôle juridictionnel pour s'assurer que les normes de droit interne (loi, règlements), mais également externe (traité) respectent la constitution qui est placée au sommet de la hiérarchie des normes. Il peut se faire par « voie d'action »⁽⁷⁷²⁾ (modèle offensif défendu par le juriste autrichien Hans KELSEN et qui voudrait que l'on fasse un procès à la loi avant que celle-ci n'entre en vigueur, c'est-à-dire avant sa promulgation) ou par « voie d'exception »⁽⁶⁷³⁾ (système américain consistant à se défendre contre une loi que l'on pense inconstitutionnelle au procès). En plus de ce contrôle, un autre peut être mis en place ; celui de la légalité qui consiste à apprécier la conformité des lois et des règlements par le juge administratif⁽⁶⁷⁴⁾.

Dès qu'il est entré en vigueur, l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et GIE a la priorité d'application, surtout en présence de dispositions internes régissant les mêmes matières que lui⁽⁶⁷⁵⁾ et non d'une application exclusive; car l'on ne parlerait de l'exclusivité d'application que dans des cas où le droit interne ne traite pas le même domaine que l'Acte Uniforme⁽⁶⁷⁶⁾. Or, il existe dans la plupart des Etats parties au Traité OHADA, des textes juridiques qui régissent l'entreprise publique et qui sont d'ailleurs, susceptibles d'entrer en conflit avec l'AUSC et GIE.

L'impérativité absolue revient aussi à dire que les dispositions de l'AUSC et GIE sont autoritaires. Il s'ensuit que ce n'est que dans le cas où la loi l'autorise expressément que l'Etat actionnaire peut soit substituer les dispositions dont il est convenu à celles de l'Acte Uniforme, soit compléter par ses dispositions celles de cet Acte. Cette solution, si elle paraît certaine et applicable pour tout actionnaire, constitue pour l'Etat actionnaire un écueil difficilement conciliable avec les impératifs de l'Etat parfois, soucieux de protéger ses intérêts économiques. Mais, vu la mondialisation des affaires et de l'économie, aucun Etat ne peut plus vivre, même sur le plan législatif, dans une autarcie en n'effectuant

⁽⁶⁷⁰⁾ Pascal NGUIHE KANTE, *op. cit.* p. 183. V. égal. Fidèle TEPEI KOLLOKO, *Droit et pratique de la common law à l'épreuve du droit OHADA*, Recueil Penant, juillet-septembre 2006, n° 856, P. 346-349.

⁽⁶⁷¹⁾ *Le cas des sanctions pénales.*

⁽⁷⁷²⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad, *op. cit.*

⁽⁶⁷³⁾ ref. Dominique ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », <http://www.laviedesiddes.fr/du> 19 mars 2008 ; <http://www.conseilconstitutionnel.fr> du 30 juillet 2010.

⁽⁶⁷⁴⁾ Jimmy KODO, *Aperçu de l'application des Actes Uniformes de l'OHADA*, *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 004, 2011.

⁽⁶⁷⁵⁾ Voir *contr. la CA de Niamey*, n° 96, 18-08-2003 : Dame R. F. c/F. J. B., [www. Ohada.com](http://www.Ohada.com), ohadata J-04-83.

⁽⁶⁷⁶⁾ Selon l'article 10 du Traité OHADA, les actes uniformes sont applicables dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne postérieure.

aucun échange avec les autres Etats. D'où la nécessité de faire place, prioritairement, aux règles issues des textes régionaux et internationaux. Et pour l'effectivité des lois nationales applicables à l'entreprise publique, l'on doit tendre vers un auto contrôle. Autrement dit, avant de voter une loi, pour l'Etat pouvoir ou avant d'introduire une clause dans les statuts de l'entreprise publique, l'Etat actionnaire doit s'assurer qu'elles sont conformes aux dispositions de l'AUSC et GIE.

L'on observe donc que l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et du GIE confine les pouvoirs de l'Etat actionnaire dans une portion où toute initiative législative touchant à l'entreprise publique commerciale est interdite ou du moins ne peut se faire qu'avec son autorisation. Ce qui, évidemment, produit un effet juridique contraignant pour l'entreprise publique. L'on peut aussi en déduire que dans le cadre de la gestion de l'entreprise publique, il faut écarter purement et simplement l'application des règles du droit administratif par exemple. Cependant, l'on doit tempérer ses propos en prenant en compte l'avis de la cour commune de justice et d'arbitrage allant dans le sens de l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, en admettant que certaines règles de droit national peuvent s'appliquer à l'entreprise publique même si ce droit n'a qu'un caractère résiduel ou supplétif, et que le régime de droit commun est le droit uniforme. Par ailleurs, toute législation nationale contraire est sans effet⁽⁶⁷⁷⁾. En d'autres termes, pour la gestion de l'entreprise publique, le législateur national peut légiférer sur les règles de droit administratif par exemple, quel que soit leur caractère, résiduel ou supplétif.

B. La réorientation du juge judiciaire dans ses décisions

Cette réorientation découle directement de l'ouverture contrôlée qui s'applique à l'Etat dans ses initiatives législatives évoquées ci-dessus⁽⁶⁷⁸⁾. Ce qui est évident, car le juge n'applique que les lois votées par le législateur.

La position du problème est la suivante : face à une situation juridique donnée relevant d'un domaine couvert à la fois par le droit interne et l'AUSC et GIE, quelles règles juridiques doivent régir cette situation ? Il est évident que dans le cadre du droit OHADA, seules les règles issues de ce dernier sont applicables à l'entreprise publique par le juge judiciaire (1). Néanmoins, il n'est pas exclu que le juge judiciaire applique exceptionnellement les principes du droit administratif à l'entreprise publique (2).

1) L'application évidente des règles du droit OHADA à l'entreprise publique par le juge judiciaire

A l'analyse des articles 1^{er}, 916 et 919, l'on constate que toutes les dispositions de l'AUSC et GIE ont une valeur abrogatoire. A partir de l'analyse de ces articles, il ressort que l'Acte uniforme interdit la contrariété qui fonde, à notre avis, l'abrogation des dispositions de droit interne contraires à cet Acte uniforme⁽⁶⁷⁹⁾. En ce sens, comme le souligne DIEDHIOU, « le juge est tenu de ne jamais appliquer des dispositions de droit

⁽⁶⁷⁷⁾ CCJA, avis n° 001/2001, du 30 avril 2001, *op. cit.* p. 226.

⁽⁶⁷⁸⁾ *Supra*, p. 339.

⁽⁶⁷⁹⁾ Ce qui signifie que face à une situation de concurrence entre les Actes uniformes et les dispositions de droit interne qui leur sont contraires, le juge doit appliquer les premiers.

interne qui ôteraient aux Actes uniformes leur valeur contraignante »⁽⁶⁸⁰⁾. Cette interdiction s'impose au législateur national dans sa fonction de production législative et en conséquence, au juge local dans sa fonction judiciaire⁽⁶⁸¹⁾. L'on assiste à une situation où le juge ne peut pas moduler l'application des textes ; il reste esclave du texte communautaire relatif au droit des sociétés tout en ayant un œil vigilant sur les textes nationaux.

Par ailleurs, ce n'est pas parce que l'entreprise a une origine publique qu'elle ne peut pas faire l'objet de poursuite devant les tribunaux judiciaires et se voir par conséquent, soumise aux règles de l'AUSC et GIE. Il va falloir désormais, distinguer selon que l'entreprise publique agit comme un commerçant au sens que lui donne l'Acte uniforme relatif au droit commercial Général, ou comme une autorité publique au sens du droit administratif. Comme commerçant, elle est une entreprise publique de droit privé. En revanche, l'entreprise publique qui intervient en tant qu'autorité publique, avec des règles de puissance publique ne pourra être soumise qu'au juge administratif⁽⁶⁸²⁾. D'ailleurs, sauf comme simple hypothèse, une entreprise publique commerciale ne doit jamais se comporter comme une autorité publique dans son fonctionnement. Ce qui peut arriver dans la pratique est que le juge administratif intervienne dans l'entreprise publique de droit privé pour apprécier, à l'égard du droit communautaire⁽⁶⁸³⁾, la légalité de certaines mesures ou lois prises par l'Etat actionnaire dans le fonctionnement de son entreprise. Cette situation peut paraître bien sûr, comme une immixtion spectaculaire du juge administratif dans le domaine du juge judiciaire. Pourtant, dans son rôle d'interprète des lois, son immixtion, ne serait-ce qu'exceptionnellement, dans le domaine réservé au juge judiciaire est souhaitée, puisqu'elle peut contribuer à enrichir davantage la jurisprudence du droit des sociétés OHADA. Sur ce point il faut néanmoins, rappeler qu'en droit OHADA, il existe un mécanisme d'interprétation uniforme qui s'impose au droit interne et au juge administratif. Ce rôle est dévolu à la CCJA qui a le monopole d'interprétation des Actes uniformes issus du Traité de l'OHADA⁽⁶⁸⁴⁾.

2) L'application exceptionnelle des principes du droit administratif par le juge judiciaire

Certaines dispositions disséminées dans l'AUSC et GIE, relatives aux sanctions encourues en cas d'inobservations des règles du droit OHADA, renvoient à la compétence des tribunaux nationaux. Ceci constitue une porte ouverte pour l'application d'un droit (notamment le droit administratif) autre que celui de l'AUSC et GIE. C'est en particulier le cas, lorsque la puissance publique est présente dans une activité commerciale, tel le cas de sa présence par l'intermédiaire de l'entreprise publique. Par exemple, pour déterminer s'il peut connaître d'un contrat auquel l'Etat est partie en tant

⁽⁶⁸⁰⁾ *DIEDHIOU (P) art. préc., p. 343.*

⁽⁶⁸¹⁾ *Pascal N. KANTE, in Les mutations juridiques dans le système OHADA, éd. Harmattan, n° 4, p. 203.*

⁽⁶⁸²⁾ *Guillaume LHUILLIER, L'application des règles de concurrence par le juge administratif, derniers articles parus, Droit administratif, Droit des affaires, 24mars 2010.*

⁽⁶⁸³⁾ *V. not. CE, s, avis, 22 nov. 2000, société L. et P. Publicité, R. 526, concl. S. AUSTRY, D., 2001, 2110, note N. ALBERT, RDP, 2001, DP, 2001, 393, note C. GUETTIER, RGUETTIER, RFDA, 2001, 872, concl. S. AUSTRY; S. AUSTRY; CE, 29 juill. 2002, CE, 29 juill. 2002, Société Cegedim, R. 280, D., 2002, 901, note C. GONZALEZ, AJDA, 2002, 1072, note S. NICINSKI, DA, 2002, n° 173, note M. BAZEX et S. BLAZY, CJEG, 2003, 16, concl. C. MAUGÛE.*

⁽⁶⁸⁴⁾ *Voir supra. Pp. 263 et s.*

qu'actionnaire, il faut que le juge judiciaire s'assure que ce contrat n'est pas administratif. Pour ce faire, il ne peut qu'utiliser les instruments de qualification du droit administratif⁽⁶⁸⁵⁾ tels que les actes administratifs, l'exercice de puissance publique Dans le même sens, la jurisprudence française admet par exemple, que le juge judiciaire puisse interpréter lui-même les actes que l'Etat actionnaire considère comme administratifs pour les soustraire du droit communautaire européen⁽⁶⁸⁶⁾. Ainsi, la cour de cassation française a estimé pouvoir écarter l'application d'un règlement administratif à la société *France Télécom* parce que, selon elle, ce règlement est contraire au droit communautaire⁽⁶⁸⁷⁾. A partir de cette jurisprudence française, l'on peut tirer la leçon et déduire que le même raisonnement peut être exploité par le juge judiciaire dans les Etats parties OHADA pour interpréter les décisions de gestion que viendrait à prendre l'Etat actionnaire et apprécier leur légalité, lorsque de cet examen, dépend la solution du procès qui lui est soumis.

Tant d'opérations intellectuelles au cœur du raisonnement juridique pour adapter le fonctionnement de l'entreprise publique à celui des sociétés commerciales appartenant aux particuliers. Sans vouloir insinuer que les règles de droit administratif sont des règles de substitution, il ressort de ce qui précède qu'elles ne sont applicables qu'en cas du silence de l'AUSC et GIE. Autrement dit, l'on ne doit pas admettre que les dispositions de l'Acte uniforme entrent en conflit avec les règles de droit administratif dans leur application à l'entreprise publique; celles-ci cédant le pas aux premières.

L'on observe, en tout état de cause que l'entreprise publique se trouve dans une situation bicéphale ou dyarchique quant au droit qui lui est applicable. D'un côté, l'Etat puissance publique propriétaire soumis au droit administratif et de l'autre côté l'entreprise publique et ses dirigeants sociaux soumis en principe, à l'AUSC et GIE. L'on assiste à un mode de direction qui peut parfois, être à l'origine de dysfonctionnement au sein de l'entreprise publique qui, en définitive, est la seule à en pâtir, si l'on ne concilie pas les intérêts, parfois antagonistes, de l'entreprise publique elle-même et de l'Etat actionnaire. D'où la nécessité d'encadrer les juges dans leur rôle de garant du respect des textes juridiques.

Pag. II. L'encadrement de la marge de manœuvre judiciaire par le droit OHADA

Comme le souligne J. KODO, appréhender les activités économiques à travers le prisme du droit ou de la législation en général n'est pas un exercice facile⁽⁶⁸⁸⁾. Certes, le droit a vocation à régir toute activité humaine, et le lien entre l'économie et le droit des affaires n'est plus à démontrer. Les économistes ayant divers indicateurs pour mesurer le dynamisme économique, tout juriste doit trouver lui aussi, ses propres instruments d'évaluation du droit. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit du droit des affaires, et spécifiquement lorsqu'un des acteurs se trouve être l'entreprise publique. L'OHADA

⁽⁶⁸⁵⁾ *Le cas par exemple de la responsabilité de la puissance publique, cas d'excès de pouvoir.*

⁽⁶⁸⁶⁾ TC, 16 juin 1923, sept-fonds, GAJA, n° 40, GD, p. 468.

⁽⁶⁸⁷⁾ Cass. Com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ Communication média services*, AJDA, 1996. 1033, note M. BAZEX, RFDA, 1996.1161, note B. SEILLER.

⁽⁶⁸⁸⁾ Jimmy KODO, article, « Le rôle de la jurisprudence de l'OHADA dans le développement économique en Afrique », 31^{ème} Congrès 2008 de Lomé sur le thème « Le rôle du droit dans le développement économique, <http://www.institut-idef.org/>

étant une législation en cours de consolidation, l'on ne doit pas se borner seulement à constater, inerte, la réalité de ce droit sur le terrain. Puisque l'Etat est devenu un actionnaire ordinaire et son entreprise un opérateur économique, et par conséquent susceptibles d'être soumis aux tribunaux judiciaires (A), il est légitime que l'on s'interroge sur le contrôle de l'application de l'AUSC et GIE dans les procès dont ils sont parties (B).

A. L'Etat actionnaire soumis au juge judiciaire

Il serait tendancieux de dire que l'acte uniforme limite l'Etat actionnaire dans les actions judiciaires, d'autant plus que l'article 147 de cet Acte uniforme dispose que « tout litige entre associés ou entre un ou plusieurs associés relève de la juridiction compétente ». L'on en déduit qu'il n'est pas interdit à l'Etat actionnaire d'agir en justice contre ses éventuels coassociés ou encore contre les tiers. Il n'est pas non plus, exclu que l'Etat, s'il subit un dommage distinct de celui que pourrait invoquer l'entreprise publique, agisse contre un dirigeant social⁽⁶⁸⁹⁾. De même, l'entreprise publique, personne morale, en vertu de l'article 166 de l'AUSC et GIE, peut mener une action en réparation du dommage subi par elle du fait de la faute commise par un dirigeant, un actionnaire ou un tiers. En sens inverse, il n'est pas exclu que l'Etat actionnaire ou l'entreprise publique puisse être un justiciable de droit commun. C'est, à ce niveau également que se manifeste la primauté des dispositions de l'AUSC et GIE et par conséquent, la limitation de la marge de manœuvre de l'Etat actionnaire dans ces éventuelles actions judiciaires. Il ne devrait pas pouvoir, en effet se prévaloir d'aucune prérogative particulière ou de l'origine publique de son entreprise pour bénéficier de l'immunité dont jouirait l'Etat personne morale de droit public.

Aussi, faut-il souligner que le renvoi à une « juridiction compétente » par l'article 147 de l'AUSC et GIE laisse perplexe le juriste, puisque l'Etat peut vouloir soumettre son procès à un tribunal administratif. Mais, le domaine du droit OHADA n'intégrant pas le droit administratif, il est évident que les actions en justice dont est partie l'Etat relèvent du droit commercial⁽⁶⁹⁰⁾ et par conséquent, sont du ressort du juge judiciaire. La situation de l'Etat actionnaire diffère donc de celle de l'Etat « pouvoir public » qui bénéficie absolument de l'immunité d'exécution par exemple. L'arrêt Aziablé YOVO et autres contre la Société TOGO TELECOM⁽⁶⁹¹⁾ en dit long. Bien sûr que l'on déplore la position de la CCJA dans cette affaire. Elle a interprété de façon extensive les dispositions des articles 29 et 30 de l'Acte portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en incluant une entreprise publique engagée dans une activité commerciale, dans les personnes morales bénéficiant de l'immunité d'exécution. Ceci n'est pas de nature à assurer l'égalité de traitement des sociétés commerciales dans les Etats parties OHADA. Egalement, les tiers qui traitent avec l'entreprise publique ne se sentiront pas en sécurité sur le plan juridique et judiciaire.

⁽⁶⁸⁹⁾ Voir art. 161, 162 et 163 de l'AU. Soc.

⁽⁶⁹⁰⁾ Félix ONANA ETOUNDI, *L'Etat justiciable en droit OHADA ; Coll. Droit au service du développement*, éd. Mai 2010 ; PP. 18 et suiv.

⁽⁶⁹¹⁾ Arrêt n° 043/2005/CCJA du 07 juillet 2005.

En ceci, dans le domaine du droit OHADA, le principe de l'égalité que draine l'AUSC et GIE doit obliger l'entreprise publique et l'Etat actionnaire à être des justiciables de droit commun. Ce qui se conçoit bien, car on ne peut prétendre être dans les « affaires » et refuser de se soumettre entièrement à toutes les règles du droit des affaires⁽⁶⁹²⁾. C'est ce que le législateur togolais a très tôt compris et qui a justifié l'audace dont il a fait preuve dans la Loi n° 90-26 du 4 décembre 1990⁽⁶⁹³⁾ en soumettant l'entreprise publique aux règles du droit privé. Le législateur africain en procédant aux renvois par le terme générique comme « juridiction compétente » des Etats parties complique davantage la question, car le tribunal compétent dans une même affaire peut varier d'un Etat partie à un autre.

Ce dont l'on peut se réjouir, est que l'Etat actionnaire dans l'espace OHADA puisse être un justiciable comme les particuliers. Quant à la compétence des tribunaux, le tribunal judiciaire est le mieux indiqué pour connaître des affaires opposant l'Etat actionnaire aux tiers dans la gestion de l'entreprise publique. Quant au choix entre le tribunal civil ou le tribunal du commerce, tout dépendra du défendeur. Si c'est l'Etat ou l'entreprise publique qui est la défenderesse, vu sa forme, le demandeur civil aura le choix entre le tribunal civil et le tribunal de commerce. Par contre, si c'est un tiers civil qui est la défenderesse, l'entreprise publique ne peut engager l'action que devant le tribunal civil. Ces hypothèses sont du genre, dans les deux cas, à protéger les tiers par rapport à l'entreprise publique commerciale.

B. L'application des textes nationaux et l'AUSC et GIE par le juge national contrôlée

Le contrôle de la compétence des juridictions nationales et le contrôle l'application des règles de droit interne et des règles de droit communautaire par les juridictions communautaires s'illustrent par la protection des justiciables personnes physique ou morale. Dans le cadre du droit OHADA, ce contrôle est assuré par la CCJA. Dans la pratique en effet, la protection des justiciables se manifeste par le contrôle de légalité des actes à travers le renvoi en appréciation de validité (1), mais aussi par le contrôle de légalité à travers le renvoi en interprétation (2).

1) Le contrôle de légalité de l'AUSC et GIE

La CCJA accorde une importance particulière au contrôle de la légalité des actes communautaires par le biais du recours préjudiciel. C'est par cette voie qu'elle est reconnue compétente pour juger de la validité de toutes sortes d'actes communautaires. Elle se trouve arrogée le droit du monopole de la déclaration d'invalidité d'un acte uniforme en déniaut un tel pouvoir au juge national. Ce principe a été posé par la CJCE (actuelle CJUE) dans l'arrêt Foto-Frost en affirmant que « les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions

⁽⁶⁹²⁾ Alexis Coffi AQUAREBURU, *L'Etat justiciable de droit commun dans le Traité de l'OHADA*, Rev. de droit uniforme africain, n° 000 1^{er} trimestre 2010, p. 23.

⁽⁶⁹³⁾ Op. cit. p. 30.

communautaires »⁽⁶⁹⁴⁾. En décidant ainsi, la CJCE donne une suite favorable aux vœux d'une partie de la doctrine⁽⁶⁹⁵⁾. Transposée dans l'espace OHADA, cette compétence conduit à restreindre sensiblement la compétence communautaire des juridictions nationales. Ceci constitue également, selon l'expression de GAUTRON, un moyen permettant en quelque sorte en un rattrapage de l'étroitesse des conditions d'accès des justiciables au recours en annulation⁽⁶⁹⁶⁾. Par exemple, en droit OHADA, la saisine de la CCJA par certains justiciables suite au refus par certains tribunaux nationaux de s'aligner sur la jurisprudence de l'OHADA ou l'application erronée par ces tribunaux d'un acte uniforme, a offert l'occasion à la CCJA, à plusieurs reprises de fixer la jurisprudence sur le régime de nullité⁽⁶⁹⁷⁾ ou sur la recevabilité d'un pourvoi fondé sur la violation d'un texte de l'OHADA⁽⁶⁹⁸⁾. Ainsi, a-t-elle jugé le 18 mars 2004 que les mentions prévues par l'article 100 de l'AUPSRVE doivent être intégralement reproduite dans tout acte de saisie, à peine de nullité⁽⁶⁹⁹⁾. Aussi, qu'un pourvoi fondé sur la violation de l'article 170 de l'AUPSRVE doit être déclaré irrecevable car ce texte ne prévoit l'irrecevabilité de l'action en contestation de la saie-attribution que pour le cas de l'inobservation du délai d'un mois pour intenter cette action et non pour celui où le tiers saisi n'est pas appelé en cause⁽⁷⁰⁰⁾. L'une des particularités de la compétence juridictionnelle de la CCJA prévue par l'article 13 du Traité de l'OHADA est que le contentieux relatif à l'application de l'AUSC et GIE par exemple, est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties. Ceci a pour avantage d'appliquer soit, cet acte uniforme seul ou soit, le combiner avec les textes nationaux applicables en la matière.

Au contrôle examiné ci-dessus, Il s'y ajoute également le contrôle de légalité par renvoi en interprétation afin de garantir l'application de la bonne disposition aux entreprises publiques.

2) Le contrôle de la légalité des normes nationales applicables à l'entreprise publique par renvoi en interprétation

L'encadrement de la compétence des juridictions nationales en vue de la protection des justiciables est également assuré par le renvoi en interprétation devant la CCJA. La possibilité offerte à la CCJA de participer indirectement par le renvoi en interprétation, au contrôle de conformité de la norme nationale, nouvelle ou non harmonisée, au droit commun a été posée en Europe par la CJCE dans les arrêts Van Gend en loos et Enel. En

⁽⁶⁹⁴⁾ CJCE, 22 octobre 1987, *foto-frost/Hauptzollamt Lübeck-ost*, Affaire 314/85, *Rec. De jurisprudence* 1987, p. 04199 ; éd. spéciale suédoise, p. 00233/V ; URL : cvce.eu/obj_arret_delacour-de_justice_foto-frost_affaire_314/85.

⁽⁶⁹⁵⁾ V. L. GOFFIN, *De l'incompétence des juridictions nationales pour contester l'invalidité des actes d'institutions communautaires*, *cab. Dr. Eur.* 1990, p. 216 et 217 n°4.

⁽⁶⁹⁶⁾ J. C. GAUTRON, *La question préjudicielle ; une approche théorique, in le droit communautaire ; les juges et l'antiquité, sous la direction de J. C. GAUTRON*, n Talence, MSH, 1994, p. 17.

⁽⁶⁹⁷⁾ CCJA, n° 15-7-2004 *Aff. Dame M. c/SCB-CL*, *ohadata J-056168*, *Le Juris-Ohada*, n° 4/2004, octobre-décembre. 2004 p. 12, note BROU Kouakou Mathurin. *Rec. de jurisprudence*, n° 4, juil-déc 2004, p. 16. Suite à une procédure de saisie immobilière qu'a annulée le TGI Mfoundi (n° 677, 25

⁽⁶⁹⁸⁾ CCJA, n° 3/2002, 10-1-2002 : SIEM c/Sté ATOU et BICICI, www.ohada.com, *Ohadata J-02-25*, obs. Joseph ISSA-SAYEGH.

⁽⁶⁹⁹⁾ CCJA, n° 12, 18-3-2004: BCN c/ H. Ben Damma, note K. M. BROU, www.ohada.com, *ohadata J-04-297*.

⁽⁷⁰⁰⁾ CCJA n° 3/2002 *op. cit.*

effet, les gouvernements, (allemand et néerlandais) intervenants et l'administration fiscale de ce dernier avaient soulevé une exception d'irrecevabilité pour faire constater par la cour, les violations du droit communautaire commises par les Etats membres⁽⁷⁰¹⁾. De façon analogue, le gouvernement italien avait dénié au juge national le privilège de procéder à un renvoi en interprétation lorsque se posait devant lui une question de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire⁽⁷⁰²⁾. La cour avait rejeté cet argument qui conduisait à supprimer toute protection juridictionnelle directe des justiciables.

Dans l'espace OHADA les juridictions nationales, en tant que premier palier de la jurisprudence communautaire⁽⁷⁰³⁾, apportent aussi une contribution non négligeable à la sécurisation des activités économiques. Mais, selon J. KODO⁽⁷⁰⁴⁾, les limites intrinsèques de leurs décisions appellent l'intervention de la CCJA. Quelques exemples doctrinaux et jurisprudentiels permettront d'illustrer le rôle de contrôleur que joue cette instance supranationale vis-à-vis des juridictions nationales dans l'espace OHADA. Ce peut être, en effet, redresser un tort imputé à un justiciable suite à une référence confuse dans le texte des décisions de justice⁽⁷⁰⁵⁾, l'annulation automatique d'actes nécessitant la justification d'un grief ou le refus d'appliquer le droit interne⁽⁷⁰⁶⁾.

Il ressort de ce qui précède que l'entreprise publique et ses dirigeants sociaux, tout comme les sociétés commerciales constituées par des particuliers et leurs dirigeants sociaux ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires. Tout créancier par exemple, d'une entreprise publique peut se prévaloir de sa créance pour intenter une action contre elle. Aussi, en cas de mauvais fonctionnement de l'institution judiciaire, le justiciable possède-t-il plusieurs recours lui permettant d'une part, de contester la décision dont il a fait l'objet et d'autre part, de mettre en jeu la responsabilité de service public de la justice. Il peut user des diverses voies de recours qui lui sont ouvertes tant au niveau national (appel, cassation révision) qu'au niveau africain (CCJA). Il en est d'ailleurs le cas en droit européen, par la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁷⁰⁷⁾. L'on s'aperçoit que le caractère public de l'entreprise publique ne constitue pas un

⁽⁷⁰¹⁾ CJCE, 5 février 1963, NV Agemene Transport-en expédite Odememing Van gend en Loos c/Administration fiscale néerlandaise, Aff. 26-62 Rec. P. 12. Wikipédia du 11 août 2014 ; EUR-lex, du 12 novembre 2013.

⁽⁷⁰²⁾ CJCE, 15 juillet 1964, Flaminio Costa c/ENEL, rec. 1151. Wikipédia du 11/08/2014. V. Nathan Ostroff, « Texas international law forum », 1965, cap. 2, pp. 121-145. Egal. Bruno de WITTE, Retour à « Costa », la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, Revue trimestrielle de droit européen, 1984 p. 425-454.

⁽⁷⁰³⁾ Voir Jimmy KODO, L'application des Actes uniformes de l'OHADA, Thèse, Université de Paris-Est Créteil le 24 octobre 2008, pp. 47 et s.

⁽⁷⁰⁴⁾ Voir Jimmy KODO, « Le rôle de la jurisprudence de l'OHADA dans le développement économique en Afrique », op. cit. p 2, 10/082014.

⁽⁷⁰⁵⁾ Jean-Marie DENEUL, Petit traité de l'écrit judiciaire, 3^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2003, Pp. 44-45 ; voir J. KODO, op. cit n ° 477. V. Shamsidine Akrawati ADJITA, intervention sur « les tendances jurisprudentielles d'interprétation et d'application du Traité OHADA et des Actes uniformes », Rev. de dr. afri, p. 85

⁽⁷⁰⁶⁾ CCJA, n° 16, 29-4-2004 : Scierie d'Agnibilekrou WAHAB NOUHAD dite S.D.A. & M. WAHAB NOUHAD Rachid c/M. HASSAN SAHLY, Le juris Ohada n°2/2004, juin-août 2004, p. 47, note M. K. BROU, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 116.

⁽⁷⁰⁷⁾ V. pour le procès équitable, Aff. Duri C/Bosnie-Herzégovine, Cour 4^e section, 79867/12 80027/12 du 20janvier 2015.

obstacle ou une limitation juridique ; l'on peut engager sa responsabilité. Il est d'ailleurs possible qu'un justiciable se retourne contre l'Etat pour engager la responsabilité de celui-ci. Telle est la position de la jurisprudence⁽⁷⁰⁸⁾ et de la doctrine⁽⁷⁰⁹⁾ françaises qui admettent que la défiance traduisant l'inaptitude de la justice à remplir sa mission, constitue une faute lourde. Le magistrat auteur d'une telle faute pourrait être poursuivi d'une faute disciplinaire par le conseil Supérieur de la Magistrature⁽⁷¹⁰⁾.

D'après ce qui précède, l'on peut faire observer que contrairement à une partie de la doctrine en majorité africaine, la soumission de l'Etat actionnaire au contrôle du juge n'est pas un miracle⁽⁷¹¹⁾. De même, la saisine d'une entreprise publique devant les tribunaux n'est plus considérée comme une perte de temps et d'argent ; il s'agit plutôt d'une procédure tendant à protéger les tiers. C'est sans doute dans cet esprit que l'on a fait obligation à la multinationale anglo-néerlandaise *Uniliver France* de justifier ses plans sociaux et d'apporter les preuves de la baisse de son chiffre d'affaires devant les tribunaux⁽⁷¹²⁾. Le même raisonnement a sous-tendu le tribunal de commerce d'Abidjan dans l'affaire *Lider Kozmetix et Didecom* contre *Uniliver Côte d'Ivoire* qui a reconnu la responsabilité de *Uniliver Côte d'Ivoire* et l'a condamné à réparer le préjudice subi⁽⁷¹³⁾. Dans cette logique, l'on ne doute pas que l'entreprise publique, propriété de l'Etat, soit soumise au juge et au droit OHADA.

Il n'est pas superflu que le juge national est lui aussi un juge communautaire. Leur différence réside dans le seul fait qu'en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, le juge national doit écarter son propre droit national au profit de l'AUSC et GIE quand celui-ci contrarie ce dernier. En ce sens, l'on relève que le principe de priorité est une question existentielle pour le droit communautaire.

Il reste à se demander comme l'avait fait le Professeur SAWADOGO⁽⁷¹⁴⁾, quelle est la véritable nature de l'AUSC et GIE, ne pourrait-on pas l'assimiler aux textes internes

⁽⁷⁰⁸⁾ Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1953, Bull. n° 224, Civ 2^{ème}, 23 novembre 1956, JCP 1956 Ed. II. 968, note ESMEI ; Civ. 1^{ère}, Bull. n° 05 AJDA, 20 septembre 2001 p. 789, note S. PETIT ; CA Douai, 31 janvier 1962, JCP 1962, Ed., II. 12560, note VEDEL ; CA Bordeaux, 9 mars 1967, D. 1968, 635, note DEMICHEL.

⁽⁷⁰⁹⁾ Olivier BERNARD-PAYEN et Yves ROBINEAU, « La responsabilité de l'Etat pour fait du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative » in *Cour de cassation*, pp. 2 et suiv. Rapport 2002. Article « quels sont les droits des justiciables en cas de mauvais fonctionnement de la justice ? » paru in *Vie-publique.fr* ; 15/10/2012.

⁽⁷¹⁰⁾ Alioune BADARA FALL, « Le justiciable et les pouvoirs publics : pour une application concrète de la place du juge dans les systèmes politiques africains », Catalogue en ligne bibliothèque. Auf. Org de juin 2003. Directive n° 001/2013 sur l'éthique et la déontologie du magistrat togolais.

⁽⁷¹¹⁾ Placide MOUDOU DOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone », *Revue juridique et politique*, n° 1 2010, pp. 43-97 ; Yédoh LATH, « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française, vers un droit administratif africain francophone », *RDP*, n° 5, 2011, pp. 1254-1288 ; Prosper WEIL, *Le droit administratif*, PUF, « que sais-je, n° 1152, p. 3.

⁽⁷¹²⁾ CA Aix-en Provence du 28 février 2013, www.autogestion.asso.fr ; également, Versailles, 4 novembre 2004, Legifrance.gouv.fr ; com. Anne-Christine POUJOULAT, 17 novembre 2011.

⁽⁷¹³⁾ Tribunal de com. d'Abidjan en son audience publique, RG 1546/13 du 26 décembre 2013.

⁽⁷¹⁴⁾ Michel Filiga SAWADOGO, Communication introductive sur le thème : « le juge national et le droit communautaire », les actes du colloque de Ouagadougou du 24 au 26 juin 2009, *Les cahiers de l'association ouest africaine des hautes juridictions francophones*, 2009, p. 93.

auxquels il se substitue, à savoir principalement des lois au sens organique et des textes réglementaires qui seraient pour l'essentiel des décrets ?

Section II. La conciliation entre les règles l'AUSC et GIE et les règles de protection de l'intérêt général

Sans vouloir étaler ici la notion d'intérêt et ses raisons d'être, l'on consacrera la présente section au rôle que joue cette notion dans la détermination du droit applicable à l'entreprise publique. L'on observera que l'intérêt poursuivi par l'Etat actionnaire et celui de l'entreprise publique projettent celle-ci dans un « paysage juridique » original. Sa gestion traditionnelle est devenue définitivement caduque. Ainsi, pour faire face à l'introduction de l'AUSC et GIE, l'entreprise publique doit être amenée à s'adapter en adoptant des démarches de changements juridiques innovatrices. Ces démarches exigent certaines capacités de conciliation à plusieurs niveaux complémentaires. La conciliation des intérêts paraît ainsi comme une nouvelle variable clé de l'application du droit des sociétés OHADA et du droit administratif. L'on verra que cette démarche conciliatrice passe d'une part, par la réduction des dispositions impératives qui irriguent l'AUSC et GIE (Par. I.) et d'autre part, par la consécration du privilège des règles de l'intérêt social dans la gestion de l'entreprise publique (Pag. II.)

Pag. I. la réduction des dispositions impératives

La floraison d'interdictions souvent assorties de sanctions dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales fait croire que seul cet Acte uniforme doit être applicable à l'entreprise publique, écartant du coup le droit administratif qui est le droit de l'Etat. Cependant, dans la pratique de telles suppositions ne sont qu'utopiques ; puisque l'Acte uniforme n'impose pas par exemple, de modèle de statuts laissant donc l'Etat actionnaire lui-même la liberté d'écrire les statuts de son entreprise en tenant compte des dispositions impératives de cet Acte uniforme. Allant dans la même logique, l'article 2-1 de l'AUSC et GIE révisé autorise tout actionnaire à introduire dans ses statuts ou dans un acte extra statutaire, des clauses tirées des règles d'un droit autre que l'AUSC et GIE si celles-ci n'entrent pas en concurrence avec les dispositions impératives dudit Acte uniforme. Ceci étant, l'absolutisme attaché aux dispositions de l'AUSC et GIE semble être dépassé (A) sans que les règles de puissance publique puissent être introduites dans la gestion de l'entreprise publique (B).

A. L'absolutisme des dispositions de l'AUSC et GIE dépassé

Que l'on ne se le cache pas, l'entreprise publique est devenue une entité indépendante de l'Etat. Faut-il prendre acte de ce fait et passer sous silence le lien congénital qui existe entre les deux entités ? La réponse négative s'impose évidemment. Comme le souligne le Doyen Georges RIPERT, l'entreprise publique est toujours restée cachée sous la propriété de l'Etat⁽⁷¹⁵⁾. Par conséquent, elle ne pourra *a priori*, échapper au droit applicable à son propriétaire en l'occurrence, le droit administratif. Aussi, à tous les égards, l'on observe que les dispositions impératives de l'AUSC et GIE sont pléthoriques, d'où leur caractère incertain quant à leur application à l'entreprise publique (1) et la nécessité de les circonscrire (2).

⁽⁷¹⁵⁾ Georges RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme moderne*, 2è éd., PP. 268 et s., L.G.D.J., 1951.

1) Le caractère incertain des dispositions impératives applicables à l'entreprise publique

Toute notion, pour servir efficacement de critère, doit présenter un maximum de certitude et de précision. C'est à cette logique que l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général révisé⁽⁷¹⁶⁾ a adhéré en procédant en son article 134⁽⁷¹⁷⁾ à une énumération des différentes dispositions d'ordre public contenues dans l'Acte et régissant plus particulièrement le bail commercial. En s'engageant à préciser, par énumération les articles qui sont d'ordre public, le législateur de l'Acte Uniforme relatif au Droit commercial Général donne d'une part à celui-ci, une portée certaine et plus souple quant à l'interprétation de ses dispositions ; et aux commerçants, personnes physiques et morales, la liberté d'aménager ou d'organiser leurs activités commerciales sans trop de contraintes d'autre part.

Malheureusement, une telle précision n'existe pas dans l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et du GIE où le législateur énonce tout simplement le principe général de l'impérativité qui doit dominer la matière, admettant au passage qu'il est possible que cette contrainte puisse connaître des cas de « dérogeabilité » expressément autorisés par l'Acte Uniforme lui-même⁽⁷¹⁸⁾. La non délimitation des dispositions impératives par le législateur africain dans l'AUSC et GIE entraîne corrélativement des difficultés de détermination du champ d'application de la notion d'ordre public et du coup, met une barrière à tout aménagement des statuts par l'Etat actionnaire.

Néanmoins, l'on doit tempérer ses propos en soulignant qu'une telle interprétation est erronée, car l'Acte Uniforme n'a pas prévu absolument tout sur la réglementation de l'entreprise publique⁽⁷¹⁹⁾. Il n'a pas fait cas par exemple, de la particularité de l'Etat, qui à certains niveaux de la gestion de l'entreprise publique, joue un double rôle : celui de l'actionnaire et celui de régulateur en vertu des prérogatives de puissance publique qui lui sont reconnues. En outre, l'AUSC et GIE ne fait pas allusion aux privilèges dont l'Etat est seul détenteur et que fort de cela, les décisions qu'il prend s'imposent à tous.

Finalement, comme le souligne P. KANTE, en voulant faire de l'ordre public, un principe d'ordre général en droit des sociétés OHADA, le législateur africain s'inscrit totalement aux antipodes de la dynamique commerciale qui prend en compte une sorte de plage d'autonomie contractuelle⁽⁷²⁰⁾ qui a toujours caractérisé le droit des sociétés et qui occupe une place importante dans la définition de la société. D'où l'impérieuse nécessité de chercher à circonscrire la sphère des dispositions impératives de l'AUSC et GIE.

⁽⁷¹⁶⁾ Adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (TOGO), publié dans le JO du 23 février 2011

⁽⁷¹⁷⁾ Suivant cet article, sont d'ordre public les dispositions des articles 101, 102, 107, 110, 111, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 du même Acte Uniforme.

⁽⁷¹⁸⁾ v. article 2 de l'AUSC et GIE.

⁽⁷¹⁹⁾ Mamadou KONE cité par Pascal NGUIHE KANTE, *op. cit.* p. 183 ; Y. CHARTIER, *Rigidité et flexibilité dans le droit des baux commerciaux, Mélanges offerts à Jean DERRUPE, Litec, 1991, p. 72.*

⁽⁷²⁰⁾ Pascal NGUIHE KANTE, *op. cit.* p. 184. CARBONNIER disait à propos de l'ordre public qu'il est une notion Particulièrement fuyante qui ne se laisse enfermer ni dans une définition ni dans un catalogue. *V. supra* p. 231.

2) L'impérieuse précision des dispositions impératives dans l'AUSC et GIE

Le problème se situe au niveau de l'expression de la volonté de l'actionnaire dans le fonctionnement de l'entreprise publique, car les limites exactes de l'ordre public ne sont ni définies ni circonscrites. En l'absence de définition et de limitation de cette notion⁽⁷²¹⁾, comment peut-on s'y prendre afin de permettre aux autres règles de droit de s'appliquer à l'entreprise publique marquée par une particularité congénitale ? Certainement, il va falloir lui établir des critères de délimitation⁽⁷²²⁾, au risque de laisser l'entreprise publique « subir » certaines règles de droit qui lui sont, en partie, étrangères. Cet exercice semble être une autre source de difficulté. Mais l'ordre public étant énoncé à titre de principe par l'AUSC et GIE, la difficulté est quelque peu relativisée.

D'abord, « l'hypertrophie des règles d'ordre public »⁽⁷²³⁾ dans le droit des sociétés commerciales de l'OHADA n'est pas très conforme à l'évolution du droit des sociétés en générale et au fonctionnement de l'entreprise publique en particulier. Ensuite, l'on observe que le droit des sociétés commerciales va dans le sens de la « contractualisation » ou le « renouvellement contractuel », c'est-à-dire l'expansion du pouvoir direct des actionnaires défendu par une partie de la doctrine africaine et française⁽⁷²⁴⁾.

Alors que certains auteurs expriment le doute qu'il puisse exister des règles souples, propres au droit contractuel, ou l'autonomie de la volonté et la liberté individuelle jouent un rôle important⁽⁷²⁵⁾ dans les sociétés, il paraît logique qu'une certaine souplesse y soit autorisée afin de permettre à l'Etat actionnaire par exemple, de faire à sa mesure, l'organisation qui lui convient de l'entreprise. Ainsi admettra-t-on que, sous le couvert des prérogatives de puissance publique, l'Etat actionnaire puisse aménager lui-même et librement, au moins sur le plan interne, le fonctionnement de son entreprise en y soustrayant des clauses statutaires qui ne répondent pas à ses aspirations et qui, vu du côté de l'Administration publique sont superfétatoires. Par exemple, soustraire des statuts la clause qui oblige l'entreprise publique à être immatriculée au RCCM avant de jouir de la personnalité juridique. Cette extraction est certes, contraire aux articles 97 et 98 de l'AUSC et GIE ; mais, en même temps elle se justifie par le fait que l'entreprise soit née

⁽⁷²¹⁾ J. P. BERTEL, *Le débat sur la nature de la société*, in *Mél. Sayeg*, 1997, p. 131 ; *liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie de « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996 ? P. p. 595 et s.; B. SAINTOURENS *La contractualisation du droit des sociétés, Rapport*, C.C.I.P., 1990 ; *La simplification du droit français des sociétés*, RID comp., 1994, n° spéc. Vol.16, p. 91 et suiv. ; *L'an 2000 et au-delà : quelques perspectives pour le droit des sociétés*, Rev Soc. 2000, p. 109 et s. D. RANDOUX, *Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre*, Rev. Soc. 2000, p. 105 ; M.-A. FRISON ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, PUF, 2005, p. 144.

⁽⁷²²⁾ Y. GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd. LGDJ, 2001, n° 9, p. 23.

⁽⁷²³⁾ Cf. J. PAILLUSSEAU, *L'Acte uniforme sur le droit des sociétés*, L.P.A., 13 oct. 2004 n° 205, p. 21.

⁽⁷²⁴⁾ Mamadou KONE, in *ouvr. préc.*, n° 254, p. 163 ; P. F. GONIDEC, *Les droits africains : évolution et sources*, 1976, LGDJ, Pp. 37 et s ; M. COZIAN et VIANDIER, *Droit des sociétés*, op. cit. p. 332, n° 1353, R. CHAMPAUD, *Le contrat de société existe-t-il encore ?*, In *Ouvr. Coll, le droit contemporain des contrats*, éd. economica, 1987, p. 125 ; sens contraire v. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, PUF, que sais-je ?, n° 2103, p. 57.

⁽⁷²⁵⁾ L. Eliane, « peut-on parler d'un renouvellement du droit contractuel au sein du droit des sociétés ? », parut. 26/03/2013 revu le 23/07/2014, www.oboulo.com-droit-prive-et-contrat/droit-des-affaires.

par la force d'un décret. Il apparaît que l'identification des dispositions plus souple par rapport à l'organisation de l'entreprise publique permet la pratique de la gouvernance de son entreprise⁽⁷²⁶⁾.

Finalement, le choix de circonscrire la notion d'impérativité des dispositions de l'AUSC et GIE pour une meilleure application de celles-ci à l'entreprise publique met en présence deux conceptions : celle de l'effacement de la volonté de l'Etat actionnaire et celle de la persistance de sa volonté malgré le caractère impératif des dispositions de l'AUSC et GIE. Cette dernière conception place l'entreprise publique dans une situation ambivalente du point de vue du droit qui doit lui être applicable. Elle semble être la plus appropriée pour l'entreprise publique qui doit, du fait de la présence de l'Etat dans son capital, emprunter à la fois au droit des sociétés commerciales et au droit administratif. Cela se justifie, car, comme le souligne P. KANTE, le statut légal impératif des dispositions de l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et GIE ne doit pas limiter à la portion congrue la marge de manœuvre de l'Etat actionnaire⁽⁷²⁷⁾. Il doit exister une interaction entre des mécanismes issus d'une réglementation apparemment contraignante, conçue dans le cadre de la régulation en matière de sociétés commerciales et les règles de droit administratif⁽⁷²⁸⁾ que l'on place sous le signe d'un renouveau de la liberté textuelle⁽⁷²⁹⁾. Ceci permettrait à l'Etat de recouvrer certaines de ses prérogatives, même exceptionnellement, face à un droit « envahisseur », supra-législatif fondé sur le principe bien établi de la primauté du droit international sur le droit interne⁽⁷³⁰⁾.

B. L'éviction des règles de puissance publique

Ce n'est pas seulement aux dispositions de l'AUSC et GIE que sont attachées le caractère impératif, certains principes de droit administratif sont marqués eux aussi, par un caractère impératif qu'il convient d'écarter dans le fonctionnement de l'entreprise publique. Il s'agit des privilèges (1) afin de soumettre l'Etat à l'AUSC et GIE (2).

⁽⁷²⁶⁾ *Système par lequel les sociétés sont organisées et contrôlées, elle prend sa source au Etats-Unis. Encadré par la loi, le modèle américain est différent de l'expérience britannique que certains auteurs qualifient « d'autorégulation ». Ces modèles ont, sans nul doute, inspiré certaines initiatives françaises tels le rapport Ph. MARINI sur la modernisation du droit des sociétés de 1996 et la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 portant Nouvelle Régulation Economique. A propos de quelques spécificités françaises voir notamment, A. COURET, Le gouvernement d'entreprise, la « corporate governance », D. 1995, chron., pp. 163 et s. ; J.-J. DAIGRE, Vers un nouvel équilibre des pouvoirs dans les sociétés cotées ? La « corporate governance » à la française, les petites affiches, 27 sept. 1995, n° spécial ; N. RONTCHEVSKY, Le gouvernement d'entreprise à la française (brèves observations sur le volet société de la loi « NRE »), D. 2001, n° 31, 8578 ; P. BISSARA, Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? Rev. Soc., 2003, n° 1, pp. 68 et s.*

⁽⁷²⁷⁾ Pascal N. KANTE in *ouvr. Préc. N° 7*, P. 187.

⁽⁷²⁸⁾ Cf. M. M. Mohamed Salah, *La place des principes civilistes et des techniques civilistes dans le droit des affaires*, Rev. Jurisp. Com, 1998, n° 43, p. 42.

⁽⁷²⁹⁾ Pascal N. KANTE, *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Ouvr. Coll. éd. Harmattan, n° 4, p. 187.

⁽⁷³⁰⁾ H-D. MODI KOKO BEBEY, *La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, Rev. Soc., n° 2, avr.-juin 2002, p. 266.

1) Les privilèges inapplicables à l'entreprise publique

Certains privilèges influent de façon significative sur le fonctionnement de l'entreprise publique. L'on peut citer par exemple, le privilège d'exécution d'office. Le plus souvent en effet, dans la pratique, l'Etat sans le signifier expressément, se prévaut de ce privilège pour désigner ou retirer ses représentants permanents au sein du conseil d'administration, sans qu'une telle décision fasse l'objet de publicité. Or la lecture combinée des articles 427 et 428 de l'AUSC et GIE montre qu'une décision à laquelle a participé un membre du conseil d'administration dont la nomination n'a pas fait l'objet de publication, est nulle.

Si l'on admettait ce privilège dans le fonctionnement de l'entreprise publique, cela signifierait également que l'Etat actionnaire peut faire exécuter ses décisions à l'encontre des tiers par exemple, même si ceux-ci en contestent la régularité. Le comble, c'est qu'ils devront exécuter d'abord la décision prise par l'Etat et contester ensuite en recourant à la « juridiction compétente ». L'on assisterait alors, à un contrôle *a posteriori*. Ceci reviendrait à considérer l'Etat actionnaire comme une fiction, une sorte de masque de l'Etat puissance publique. Pour autant, l'on ne doit pas évincer l'Etat, qui par essence est soumis au droit administratif. D'ailleurs une telle éviction n'aura pas de sens puisque, sans l'Etat ou ses démembrements dans l'entreprise, celle-ci n'aurait pas la qualité de « publique », et par conséquent disparaîtrait. Ce qu'il faut écarter dans le fonctionnement de l'entreprise publique, c'est plutôt les pouvoirs régaliens de l'Etat. Cette solution permet d'ailleurs d'établir une distinction entre l'activité de l'Etat en tant qu'autorité publique et son activité en tant qu'opérateur économique. Dans le premier cas, l'Etat agit comme autorité administrative et dans le second, comme un actionnaire ordinaire.

Nous référant à l'AUSC et GIE, il ressort que l'Etat ne doit pas jouir d'un quelconque privilège, puisque celui-ci ne fait pas de distinction entre l'Etat et les actionnaires privés « ordinaires ». Il est donc temps que l'Etat actionnaire s'approprie les mécanismes des sociétés de capitaux en les adaptant, sans les dénaturer, à ses besoins. Cela lui permettra de jouer pleinement son rôle d'actionnaire sans aucun privilège particulier tiré du droit administratif, qui de ce point de vue, se traduit par de nombreuses contraintes juridiques.

2) L'extension des contraintes à l'Etat

Les principes généralement admis se résument en ceci : l'Etat est « honnête homme ». Nul ne peut contraindre l'Etat s'il refuse d'exécuter une décision. Ses biens sont insaisissables. Certains auteurs ont assimilé ces affirmations de mauvaise volonté de la part de l'Etat pour exécuter les décisions de justice⁽⁷³¹⁾. Toutes ces affirmations axiomatiques ne sont pas fondées quand il s'agit de leur application à l'entreprise publique et à l'Etat actionnaire, puisque ceux-ci se sont engagés dans le monde des affaires. C'est à juste titre d'ailleurs que l'on perçoit l'AUSC et

GIE comme un facteur de contrainte sur les réglementations nationales et sur l'Etat et son entreprise. Ce sentiment résulte en effet, des conséquences du principe de primauté ainsi que des procédures contentieuses éventuellement déclenchées à l'encontre de l'entreprise

⁽⁷³¹⁾ Marie FERNANDEZ, *La justice administrative permet-elle de garantir les exigences de l'Etat de droit ? In Droit administratif général*, 2 février 2012.

publique velléitaire. A ce sujet, l'on n'a jamais été au bout de la logique de l'arrêt AZIABLEVI Yovo c/TOGOTELECOM⁽⁷³²⁾, celle du bénéfice d'immunité d'exécution ou immunité de saisie d'une entreprise publique prévue par l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution. Il est clair, sans nul doute, que cette exception porte la marque de prérogatives de puissance dont jouit l'Etat et qui de ce fait, résiste au droit OHADA. Cependant, pour une application plus souple et égalitaire des Actes uniformes à l'entreprise publique et aux sociétés privées, il serait logique que l'on y introduise des règles permettant de prononcer par exemple, une astreinte contre l'Etat ou l'entreprise publique qui résiste à exécuter une décision de justice et instituer également le mandatement d'office par la tutelle, comme solution pour atténuer les conséquences de l'immunité d'exécution⁽⁷³³⁾ accordée aux personnes morales publiques. Il s'ensuit que, l'on devra plus être fondé à soutenir que l'entreprise publique doit être soustraite des contraintes qui pèsent sur les personnes morales privées. Le soutenir serait, dénier son statut d'entreprise de droit privé. D'ailleurs, en soi, ce n'est pas une innovation du législateur africain : le droit des sociétés français⁽⁷³⁴⁾ a toujours régi une partie importante du fonctionnement de l'entreprise publique. Autrement dit, ce phénomène n'est pas nouveau et l'on assiste à une tendance anthropomorphique à traiter l'entreprise publique comme des personnes physiques et une autre tendance à traiter l'entreprise publique comme une personne morale privée lorsque l'une et l'autre se trouvent dans une situation de fait que l'on estime identique.

Pag. II. Les règles de l'intérêt social privilégiées

Dans leur logique, l'actionnaire privé et l'actionnaire public poursuivent des finalités différentes. L'un est au service de l'individu et à sa satisfaction, tandis que l'autre est beaucoup plus orientée vers la satisfaction de l'intérêt de la collectivité. Il convient cependant, de ne pas exagérer cette opposition dans la mesure où la complexité croissante de la vie commerciale, sociale et économique, rend de plus en plus perceptible la fonction libératrice de l'intervention de l'Etat pour l'individu. En effet, l'entreprise publique, malgré son caractère public est un centre d'intérêts sociaux⁽⁷³⁵⁾. Elle englobe ainsi les intérêts des salariés, ceux des créanciers, ceux des fournisseurs, ceux des clients voire ceux de l'Etat et ceux de l'entreprise publique elle-même (1) puisque celle-ci est aussi, à en croire J. PALLUSSEAU, une technique d'organisation englobant tous ces acteurs⁽⁷³⁶⁾. Cette approche permet de délimiter l'intervention de l'Etat dans l'entreprise publique (2).

⁽⁷³²⁾ V. CCJA dans sa décision N° 043/2005, *op. cit.* p. 64. Pour la soumission totale de l'entreprise publique au droit privé, voir arrêt du Bac d'Eloka, TC, 22 janv. 1921, *Société Commerciale de l'Ouest Africain*, Rec. 91 ; D. 1921.3.1, *Conclusion Matter* ; S. 1924.3.34, *concl. Matter*.

⁽⁷³³⁾ A. COURET, *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, *Rev. Soc.* N° 1, 2000, p. 90 ;

⁽⁷³⁴⁾ V. *L'exemple du droit français, loi du 16 juillet 1980, relative à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public. La solution de l'OHADA est la compensation des dettes. Cette solution n'est efficace qu'en apparence, car l'AUPSR et VE ne précise pas la forme que doit revêtir la reconnaissance de ces dettes par l'entreprise publique.*

⁽⁷³⁵⁾ Didier TRUCHET, *Droit administratif*, éd. PUF, p.46. J. PAILLUSSEAU, *Les fondements modernes du droit des sociétés ; La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 200 ; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, n° 192.

⁽⁷³⁶⁾ J. PALLUSSEAU, *op. cit.* p. 200.

A. L'intérêt social réduit à l'intérêt de l'entreprise publique

Seule la transcendance de l'intérêt de l'entreprise publique en tant que sujet de droit, sur celui de l'Etat actionnaire peut permettre à celle-ci de s'approprier les techniques juridiques régissant les sociétés commerciales. En ce sens, il constitue une référence pour la définition de certains abus dans l'entreprise publique (1) et de délimitation des pouvoirs des dirigeants sociaux et des interventions de l'Etat actionnaire lui-même (2).

1) Un critère de définition des abus et d'orientation des dirigeants sociaux

Il n'est plus à démontrer que l'entreprise publique en tant que personne morale a un intérêt propre distinct de celui de l'Etat actionnaire. Cet intérêt que l'on désigne par intérêt social, n'est pas une réalité quantifiable, mais quand même, une réalité, même si celle-ci n'est pas tangible. Son importance dans la gestion de l'entreprise publique lui confère un caractère sacré inviolable ; il constitue à la fois un instrument de mesure pour les dirigeants sociaux et pour l'Etat actionnaire et « le Rubicon » que ceux-ci ne doivent pas franchir. Toute personne qui porte atteinte donc à l'intérêt social peut se voir exposer à des sanctions. C'est ce souci de sécurité qui transparaît dans les règles de l'AUSC et GIE et qui montre qu'il ne s'agit plus seulement pour le législateur africain de protéger les actionnaires dont la volonté ne joue, dans bien des cas, qu'un rôle réduit ; mais surtout de sécuriser l'économie et donc les entreprises publiques et privées⁽⁷³⁷⁾. Ceci peut renforcer d'une part, la séparation du patrimoine social de lui de l'Etat actionnaire et, d'autre part la pérennité de l'entreprise publique dont le destin doit cesser d'être lié à celui de l'Etat entrepreneur. En ce sens, l'intérêt social sert de critère de définition des abus (de biens sociaux, de majorité, de minorité) que l'Etat actionnaire ou ses représentants au sein du CA seraient amenés à commettre en faisant usage des prérogatives autres que celles que leur confère l'AUSC et GIE. Ainsi, en voyant dans l'intérêt social celui de l'entreprise publique, l'incrimination de l'abus de bien sociaux commis avec le concours des dirigeants, aura certainement pour but de protéger non seulement les intérêts de l'Etat actionnaire, mais aussi le patrimoine de l'entreprise publique et par extension les intérêts des tiers qui contractent avec elle. Tel a été d'ailleurs l'analyse de la Cour de Cassation française le 19 octobre 1967⁽⁷³⁸⁾. Elle a décidé en effet, que « l'assentiment du conseil d'administration ou de l'assemblée générale des actionnaires ne peut faire disparaître le caractère délictueux des prélèvements abusifs de fonds sociaux »⁽⁷³⁹⁾. Cette logique peut s'étendre à l'entreprise publique et comprendre que le fait de privilégier l'intérêt de l'entreprise publique expose l'Etat actionnaire à tous les risques pour peu qu'il agisse volontairement ou involontairement contre les biens de celle-ci. En cela l'on s'aperçoit que la notion d'intérêt social joue, par ricochet la fonction de protection d'intérêt général que jouerait l'Etat. Cette position rejoint celle de certains auteurs selon qui l'intérêt social tout comme l'ordre public joue le rôle de

⁽⁷³⁷⁾ Monique-Aimée NJANDEU, *op. cit.* p.230 et suiv.

⁽⁷³⁸⁾ Cass. Crim. 19 oct. 1967: Bull. crim. n° 272 ; 8 mars 1967 : Bull. crim. n° 94, D. 1967, Jur. p. 587, note Dalsace; 3 octobre 1983: D. 1984, Jur., p. 48; 30 sept. 1991: Bull. Joly Sociétés, 1992, p. 153, note BRADERIE; v. Cass. Crim. 26 mai 1994, n° 93-84.615 : JCP éd. E., 1994, II, n° 1014, Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 1295.

⁽⁷³⁹⁾ Cass. Crim. 12 déc. 1994 : Bull. Joly Sociétés, 1995, p. 427.

protection, toutes les fois que l'intérêt social ou l'ordre public est inspiré par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise, si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi⁽⁷⁴⁰⁾. En outre, c'est au nom de l'intérêt social attaché à l'entreprise publique que l'on peut demander au juge⁽⁷⁴¹⁾ de désigner un expert de gestion⁽⁷⁴²⁾ par exemple. Afin de rendre cette possibilité plus accessible aux actionnaires, l'AUSC et GIE a ramené le pourcentage des actions à détenir à dix pour cent (10%) au lieu de vingt pour cet (20%) prévu dans l'acte uniforme initial. Pour ce qui concerne l'entreprise publique, l'on déduit que la demande de l'intervention d'un expert de gestion ne peut qu'émaner d'un membre du conseil de surveillance, qui joue le rôle d'AG dans la plupart des Etats parties.

Protéger l'entreprise publique nécessite de favoriser juridiquement son activité. Sans doute l'adoption d'une conception selon laquelle l'intérêt social prévaut sur l'intérêt de l'Etat actionnaire permet de délimiter les pouvoirs des représentants de l'Etat actionnaire tout en jugulant les interventions parfois « illégales et intempestives » de ce dernier dans le fonctionnement de l'entreprise publique.

2) Un critère de délimitation des interventions de l'Etat actionnaire

En tant qu'actionnaire, l'Etat devrait en principe, être le stratège de son entreprise, ou du moins, protéger les intérêts de celle-ci en participant à la définition des axes de développement de cette entreprise qu'il contrôle. Toutefois, l'on sait que l'Etat n'est pas un investisseur « classique » ou « ordinaire » : il crée son entreprise beaucoup plus pour des motifs politiques qu'économiques ou financiers. Cette situation recèle en elle-même, une ambiguïté⁽⁷⁴³⁾, car nous l'avons dit, l'Etat est par nature, dans l'impossibilité d'agir comme un actionnaire ordinaire. Aussi, pour une gestion saine de l'entreprise publique, se trouve-t-il contraint de laisser à celle-ci une marge d'autonomie inégalée dans son fonctionnement, se contentant d'une faculté de blocage par le biais du contrôle des décisions et du pouvoir de sanctionner les dirigeants dans l'hypothèse où les résultats obtenus s'avèrent peu satisfaisants. Egalement, l'Etat a bien évidemment d'autres préoccupations dont l'acuité est fonction de ses propres difficultés budgétaires. Il souhaite par exemple, vivement obtenir des dividendes significatifs par des avances, avant la clôture de l'exercice comptable qui peuvent lui permettre d'améliorer ses recettes. Ce qui explique sa présence très marquée dans l'entreprise publique par des contrôles.

A la question de savoir qui peut contrôler l'Etat, la réponse tout naturellement, est que seul l'Etat peut commander l'Etat ; c'est-à-dire le contrôle de l'Etat actionnaire par l'Etat puissance publique ; ce qui peut amener le premier à respecter l'intérêt social de l'entreprise publique. Dans cette logique, l'intervention de l'Etat puissance publique pour contrôler l'Etat actionnaire peut expliquer l'utilisation des méthodes (inspection d'état ou cour des comptes) du droit administratif dans l'entreprise publique. L'on se retrouve dans

⁽⁷⁴⁰⁾ Marcel PLANIOL, cité par GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 1993, 3^{ème} éd. N° 111. Ph. MALAURIE, *l'ordre public et les bonnes mœurs, rapport français*, Trav ; assoc ; H. CAPITANT, 1952.

⁽⁷⁴¹⁾ I. VEZINET, *La position des juges sur l'intérêt social, Dossier sur l'intérêt social*, op. cit. p. 5.

⁽⁷⁴²⁾ Voir article 159 de l'AUSC et GIE révisé.

⁽⁷⁴³⁾ BELOT et MARINI (1994), *Les ambiguïtés de l'Etat actionnaire*, rap. Arthuis, p. 16-23.

la situation où l'Etat devient un « monstre » à plusieurs têtes avec plusieurs casquettes. Ceci dissimule le manque de transparence et de rigueur qui sont les vrais ingrédients d'un bon actionnaire soucieux de l'intérêt supérieur de l'entreprise publique pouvant dissiper les conséquences tout en évitant tout conflit d'intérêt.

S'inscrivant dans la logique de l'intérêt social, l'on doit faire observer que l'Etat actionnaire est un « grand actionnaire »⁽⁷⁴⁴⁾ devenu « petit »⁽⁷⁴⁵⁾ dans l'entreprise publique commerciale depuis que l'AUSC et GIE est mis en marche. Il n'échappe pas aux règles de l'Acte uniforme tant que l'entreprise publique conserve son statut de commerçant. Une chose est sûre en tout cas, les Etats parties au Traité OHADA tentent d'appliquer les règles de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE et tout évidemment, les règles de bonne gouvernance. En d'autres termes, l'Etat actionnaire essaie de faire comme les autres actionnaires. Sans être un propos réducteur, l'on peut dire qu'il copie les autres et dans ce mimétisme, il doit aller jusqu'au bout, faisant ainsi échapper à l'entreprise publique du poids et de la lourdeur qui caractérise l'action administrative.

B. L'intervention de l'Etat justifiée par le lien de propriété

Originellement, nul ne peut contester le fait que l'entreprise publique est une propriété de l'Etat. De même, celle-ci ayant acquis la personnalité juridique, il serait choquant juridiquement, qu'elle ne soit pas elle-même « maître » de son patrimoine. Ceci expose inéluctablement l'entreprise publique à la soumission à deux droits : le droit administratif, à cause du lien de propriété qui la lie à l'Etat (1) et l'AUSC et GIE grâce à son autonome (2).

1) Les règles du droit de propriété inadaptées

Il apparaît que l'Etat, devenu entrepreneur se trouve englobé dans l'exercice du droit de propriété. Comme le soutenait le Doyen Georges RIPERT, s'il fabrique, c'est parce qu'il a le *jus utendi* ; s'il s'empare des produits, c'est parce qu'il a le *jus fruendi* ; s'il vend les produits et l'entreprise publique elle-même, c'est parce qu'il a le *jus abutendi*⁽⁷⁴⁶⁾. Dans l'entreprise publique unipersonnelle, en effet, l'Etat prend seul les décisions qu'il juge idoines pour le fonctionnement de celle-ci ; il exerce ainsi sur son bien l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus* en s'emparant des dividendes ; il a, comme le soutenait Jean RIVERO, la « maîtrise de l'entreprise »⁽⁷⁴⁷⁾. L'Etat a donc un droit qui lui donne la possession privative de l'entreprise dont il est propriétaire. Dans cette logique, le droit administratif peut avoir à s'appliquer aux relations entre l'Etat et l'entreprise publique.

Aussi, il faut dire que le lien de propriété entre l'Etat actionnaire et son entreprise, ne doit pas se comprendre comme la notion classique de propriété, car en droit des sociétés, l'actionnaire jouit de sa propriété privée sur sa société commerciale dans le respect strict des dispositions de l'Acte uniforme. C'est pourquoi, il faut assouplir la teneur des règles privatistes de propriété pour ce qui concerne l'Etat actionnaire dans l'exercice de ses

⁽⁷⁴⁴⁾ Y. Guyon, *Avant-propos, Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* : Rev. Sociétés 1999, p.513 et s.

⁽⁷⁴⁵⁾ Catherine MALECKI, *L'Etat actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire*, Cahier de droit de l'entreprise, n° 5 septembre-octobre 2005, p. 61.

⁽⁷⁴⁶⁾ Georges RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme moderne*, 2è éd., PP. 268 et s., L.G.D.J., 1951.

⁽⁷⁴⁷⁾ Jean RIVERO et Jean WALINE, *op. cit.*, n° 275, p. 217.

fonctions d'actionnaire afin que l'on puisse lui appliquer les règles de droit administratif qui sont incontournables du fait de la nature particulière de l'Etat propriétaire. Quant à ce qui concerne l'entreprise publique, personne morale autonome et sujet de droit, elle demeure propriétaire des biens qui sont également sa raison d'être et qui justifie, en tant qu'objet de son activité, sa soumission aux dispositions de l'AUSC et GIE. Par exemple, le fonds de commerce qu'exploite l'entreprise publique ne peut être que sa propriété. L'on ne doit donc pas, par extrapolation, étendre la validité du principe juridique de la propriété de l'entreprise publique à l'Etat au-delà de celle-ci, car elle ne constitue qu'un contenant qui diffère de son contenu constitué des éléments disparates ayant chacun un statut juridique régi par l'AUDCG.

2) Le lien de propriété entre l'Etat et les biens de l'entreprise publique dépassé

Il peut paraître étonnant que l'on soutienne que l'entreprise publique est la propriété de l'Etat et que les biens de celle-ci ne lui appartiennent pas. Cependant, en droit des sociétés commerciales cette séparation peut être possible.

En effet, « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Cet énoncé de l'article 544 du Code Civil français montre que la propriété est absolue ; il n'en demeure pas moins que son exercice en droit des sociétés commerciales n'est pas discrétionnaire et que l'intérêt social qui sous-tend l'existence même de l'entreprise commerciale, ne peut pas être méprisé par l'Etat actionnaire. Il s'ensuit donc que l'absolutisme édicté par le Code civil français dans l'exercice du droit de propriété est un principe dépassé en droit des sociétés commerciales.

L'AUSC et GIE en consacrant la personnalité juridique de l'entreprise publique dès que celle-ci est immatriculée au RCCM, lui donne automatiquement la possibilité de vivre indépendamment de tout aléa extérieur. De droit, elle ne peut plus être considérée comme une personnalité fictive ; elle est devenue un procédé technique destiné à assurer la séparation de son patrimoine social du patrimoine de l'Etat⁽⁷⁴⁸⁾. Dès lors, l'entreprise publique, personne morale de droit privé, est propriétaire des biens qui composent son actif et qu'elle exploite comme tout propriétaire pourrait le faire. Par comparaison, l'on peut dire que l'entreprise publique est devenue un être créé à l'image de l'homme avec une personnalité semblable à celle reconnue aux individus⁽⁷⁴⁹⁾. A ce titre, elle doit être gérée conformément aux dispositions de l'AUSC et GIE conçues pour elle ; alors que son propriétaire (l'Etat), dans ses relations juridiques, est régi par le droit administratif. Il en découle donc que l'entreprise publique constitue à nos jours, une propriété ou un patrimoine « affecté » dont l'Etat actionnaire ne peut plus disposer des biens selon son bon vouloir, car ayant renoncé à son droit au profit de l'entreprise publique incarnée par les organes d'administration et de direction qui, eux aussi, ont besoin de liberté pour

⁽⁷⁴⁸⁾ G. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil de Planiol*, t. II, n° 3058

⁽⁷⁴⁹⁾ MICHAUD, *La personnalité morale*, 3^e éd., par L. TROTABAS, 1932, t. I, n° 1 à 74. COMP. GENY, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., p. 129. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 1910. V. G. RIPERT, *op. cit.* n° 30, p. 73.

accomplir la mission que l'Etat leur a confiée⁽⁷⁵⁰⁾. Cette liberté ne peut s'accomplir que dans le respect des dispositions de l'AUSC et GIE. D'où la nécessaire soumission de toute action touchant aux biens de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE. Par exemple, l'Etat ne peut plus vendre un immeuble apporté pour la constitution de l'entreprise publique qu'en suivant la procédure imposée par l'AUSC et GIE. S'il doit le vendre, l'Etat doit donc être autorisé expressément par les dirigeants sociaux de l'entreprise publique sous le contrôle du commissaire aux comptes, après une évaluation faite par un commissaire aux apports⁽⁷⁵¹⁾. En tout état de cause, l'entreprise publique et ses biens sont soumis à une procédure qui sort de celle qu'aurait à suivre un propriétaire au sens du Code civil.

En somme, le caractère public de l'Etat actionnaire, soumis à un droit particulier, laisse ambigu le régime juridique de l'entreprise publique ; surtout quand l'on sait que, comme une sentence ou un décret inattaquable, l'AUSC et GIE contraignent l'entreprise publique à se comporter comme les autres sociétés commerciales. Ni l'ouverture d'applicabilité des droits nationaux faite par l'article 916 de l'AUSC et GIE, ni l'exercice d'une activité commerciale et l'adoption d'une forme juridique prévue par le même Acte uniforme ne suffisent pas en eux seuls à régler le problème du droit applicable à l'entreprise publique. Il aurait sans doute été préférable, pour écarter les difficultés d'application de l'Acte Uniforme, soit d'exclure l'entreprise publique du champ d'application de l'Acte Uniforme, soit d'y inclure des règles spécifiques de droit administratif les régissant⁽⁷⁵²⁾. Cette dernière hypothèse semble plausible car, comme l'écrit Jean-Yves CHEROT, « s'il y a un écueil à absolument éviter lorsqu'on étudie les entreprises publiques, c'est de considérer qu'elles constituent une modalité appelée à disparaître et dont il ne serait plus nécessaire par conséquent, de s'occuper sérieusement dans l'avenir ». Or nous l'avons vu, le droit administratif est un droit applicable à l'Etat et difficile d'accès⁽⁷⁵³⁾, en ce sens qu'il est un droit jurisprudentiel avec des solutions éparses dont la codification des règles souhaitée est presque impossible⁽⁷⁵⁴⁾. L'Etat étant devenu « commerçant »⁽⁷⁵⁵⁾, dans l'espace OHADA, et l'Acte Uniforme n'écarter pas systématiquement la possibilité d'application des législations nationales à l'entreprise publique⁽⁷⁵⁶⁾, l'on doit aller progressivement par des aménagements, vers un droit des sociétés commerciales environné d'autres disciplines juridiques.

⁽⁷⁵⁰⁾ LESCOEUR, *Histoire des sociétés commerciales*, 1874. Les auteurs comme BATBIE, RENOARD, Joseph GARNIER, BAUDRILLART, Jules SIMON, Emile OLLIVIER, Ch. BEUDANT ont soutenu ce concept.

⁽⁷⁵¹⁾ Une lecture combinée des articles 159 et 547 de l'AUSC et GIE.

⁽⁷⁵²⁾ Ouvr. OHADA, *droit des sociétés commerciales et du GIE*, commentaires, EDICEF/éd. FFA, p. 1.

⁽⁷⁵³⁾ Jean-Yves CHEROT, *Droit public économique*, Economica, 2^e Ed. p. 495.

⁽⁷⁵⁴⁾ V. *supra*, P. 244 et suiv.

⁽⁷⁵⁵⁾ G. VEDEL, *Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ?*, EDCE 1979-1980, n° 31, P. 31.

⁽⁷⁵⁶⁾ Ouvr. OHADA, *droit des sociétés commerciales et du GIE*, op. cit., p. 2.

CHAPITRE II. DES AMÉNAGEMENTS POSSIBLES

L'option d'aménager les règles de gestion de l'entreprise publique en les adaptant aux nécessités du moment⁽⁷⁵⁷⁾, tel que soutenu par la doctrine OHADA, n'est pas vraiment une position doctrinale, mais plutôt une option prévue par l'AUSC et GIE. Elle n'est pas *a priori*, de nature à poser le problème du droit applicable, puisque, comme il a été souligné, malgré que l'AUSC et GIE soit situé au principe du droit des sociétés dans l'espace OHADA et au cœur du processus commercial, il autorise que d'autres instruments juridiques, comme les règles de droit administratif et celles du droit pénal, puissent régir, du moins en partie, l'entreprise publique constituée sous la forme de société commerciale. L'entreprise publique se trouvant ainsi dans une situation hybride qui fait d'elle, du point de vue du droit applicable, « un pavillon qui couvre les marchandises les plus variées »⁽⁷⁵⁸⁾, l'on peut tolérer que d'autres règles s'appliquent à elle sans dénaturer celles de l'AUSC et GIE considérées comme les règles de droit commun des sociétés commerciales. Ceci peut être possible si l'on redéfinit les pouvoirs des organes sociaux de l'entreprise publique (Section I); même, encore que cette opération nécessite le complètement des statuts de l'entreprise publique par les dispositions non prévues par l'AUSC et GIE (Section II).

Section I. La redéfinition des pouvoirs des organes sociaux dans le respect de l'AUSC et GIE

Bien évidemment qu'il ne s'agit pas pour nous d'étudier ici, les multiples formes de l'interventionnisme économique, mais plutôt de revoir et d'analyser les modalités d'intervention de L'Etat par le biais des organes sociaux dans le fonctionnement de l'entreprise publique. L'on s'intéressera également aux préoccupations propres à L'Etat actionnaire, mais aussi à celles des créanciers sociaux, car ces préoccupations impliquent la nécessité de disposer de mécanismes juridiques efficaces de contrôle et de surveillance qui sortent des schémas classiques⁽⁷⁵⁹⁾. Il convient donc de s'intéresser aux relations entre les organes sociaux définis par l'AUSC et GIE. Cette démarche nous permettra d'envisager d'une part une adaptation des règles relatives aux assemblées générales à l'environnement de l'entreprise publique (Pag. I) et d'autre part à l'introduction des règles de surveillance mutuelle entre les organes sociaux de l'entreprise publique (Pag. II).

Pag. I. L'adaptation des règles relatives aux Assemblées Générales

L'entreprise publique est une structure nettement institutionnalisée (sans doute du fait que l'Etat soit actionnaire unique) et par conséquent, profondément hiérarchisée, avec comme organe prépondérant l'assemblée générale. En fait, la définition du rôle de celle-ci et ses rapports avec les autres organes sociaux n'échappent pas à la volonté de l'Etat actionnaire. Or, en application des dispositions de l'AUSC et GIE, l'entreprise publique

⁽⁷⁵⁷⁾ P-G POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *le droit des sociétés commerciales et du GIE*, Programme de formation en ligne avec le soutien du fonds francophone des inforoutes, p. 27.

⁽⁷⁵⁸⁾ Bernard CHENOT, *L'organisation économique de l'Etat*, Dalloz, 1965, p. 303.

⁽⁷⁵⁹⁾ SALAH Mohamed, *Le dysfonctionnement de l'entreprise publique économique en Algérie*, *Revue internationale de droit comparé*, 1991, vol. 43, n° 3, pp. 627-676.

commerciale doit s'approprier les techniques des sociétés commerciales ordinaires où les dirigeants sociaux jouissent en principe, d'une certaine indépendance à l'égard des actionnaires.

Afin que l'entreprise publique devienne une structure adaptée et objectivement commerciale, tant au regard des règles de droit administratif qu'au regard de celles de l'AUSC et GIE, il faut la mise en place d'une assemblée générale dépolitisée⁽⁷⁶⁰⁾ (A) ; ceci renforcera le rôle de cet organe dans l'entreprise publique (B).

A. Une assemblée générale dépolitisée

L'autonomie de gestion dont peut se prévaloir l'entreprise publique ne doit pas faire illusion, surtout quand il s'agit de la composition de l'assemblée générale. Si pour des raisons d'efficacité et de souplesse dans la gestion sociale, l'entreprise publique est soumise aux dispositions de l'AUSC et GIE, elle reste une entreprise « publique » soumise à ce titre, à des règles exorbitantes du droit commun des sociétés traduisant toute la mesure des prérogatives de puissance publique. Dès lors que l'on ne peut pas contourner l'application des règles du droit administratif, il faudrait, par pragmatisme, donner le plus d'indépendance possible à l'assemblée générale (1) tout en créant entre les organes sociaux une relation de concertation (2).

1) Une assemblée générale indépendante

L'on l'a souligné, il n'existe aucun organe connu sous le vocable de « conseil de surveillance » dans la nomenclature des organes sociaux prévus par l'AUSC et GIE. C'est la pratique dans la plupart des Etats parties qui a consacré ce terme pour désigner, en fait, l'assemblée générale de l'entreprise publique. En réalité, elle est le pilier de la gouvernance de l'entreprise publique et s'identifie, à ce titre, à l'Etat actionnaire. Elle est l'organe par lequel l'Etat actionnaire peut interagir avec son entreprise et l'outil de la mise en application des directives énoncées par la gouvernance⁽⁷⁶¹⁾. Elle est, en outre l'organe grâce auquel l'Etat ou le « peuple » a la possibilité de s'informer, de s'avertir⁽⁷⁶²⁾, de former leur opinion, et surtout de s'exprimer. Légalement, elle est l'organe suprême de l'entreprise publique, elle jouit d'une souveraineté absolue et sans partage. De ce fait, elle a, du point de vue des droits, un ascendant sur tous les autres organes de décision de l'entreprise publique. Sa souveraineté évoque juridiquement, son indépendance. Dès lors, il faut que les membres qui la composent, soient des personnes également indépendantes et libres.

Ainsi, pour éviter toute confusion dans leurs attributs et ceux que l'Etat personne morale de droit public et politique accorde à ses représentants dans leurs fonctions

⁽⁷⁶⁰⁾ *Ce qui signifie que l'on ne doit plus parler dans l'entreprise publique ni d'une assemblée générale constitutive (puisque l'entreprise publique est créée par décret), ni de l'assemblée générale ordinaire, ni d'une assemblée générale extraordinaire ou spéciale. Toutes ces assemblées doivent pouvoir être regroupées en une seule. D'ailleurs, ces assemblées ne sont constituées que des mêmes personnalités. Le nom ne change qu'au vu des circonstances de leur convocation.*

⁽⁷⁶¹⁾ Majdi HASSAN, *L'assemblée générale des entreprises pilier de la gouvernance de l'entreprise*, Leaders, Tunis, 20 fév. 2013, p.1.

⁽⁷⁶²⁾ Majdi HASSAN, *op. cit. ibd.*

administratives, il convient d'établir une frontière bien tranchée entre l'assemblée générale, organe de l'entreprise publique et l'Etat, une institution politique. Ainsi l'assemblée générale ou le conseil de surveillance, cet organe hautement politisé, du fait de sa composition (les ministres), doit être dépolitisé par une forte présence des membres indépendants⁽⁷⁶³⁾ en son sein. Ceux-ci doivent être choisis pour leur compétence et leur expérience dans la direction des affaires. Il faut souligner que cette présence n'exclut pas que l'Etat actionnaire adjoigne à ces membres indépendants, des personnes ayant un lien de coordination directe avec l'Etat, tels les ministres; pourvu que ces derniers abandonnent leur « manteau politique » une fois en assemblée générale pour celui de « *manager* ». Sans une réelle ingérence politique, ils serviront seulement d'interface directe entre l'Etat et l'entreprise publique, cette dernière étant un organe non-exécutif, mais interactif entre l'entreprise publique et l'Etat actionnaire.

En outre, la « dépolitisation » de l'assemblée générale de l'entreprise publique par la désignation des membres indépendants est nécessaire pour la stabilité de cet organe qui ne fonctionnera plus au gré des changements de gouvernement ; puisque ses membres ne seront plus des ministres amovibles à tout moment. Egalement la désignation des membres que l'on qualifierait de « neutres » peut à son tour favoriser ou du moins justifier le changement d'appellation de cet organe souverain de l'entreprise publique. Sans faire d'exercice sémantique, ce changement de nom sera significatif, car il traduira finalement la réception⁽⁷⁶⁴⁾ des règles de l'AUSC et GIE par les Etats parties. Cette démarche renforcera certainement, l'autonomie de l'entreprise publique commerciale et par conséquent, sa soumission aux dispositions de l'AUSC et GIE. Il est donc impérieux qu'une nette séparation de l'entreprise publique et de l'Etat soit établie, même si cette séparation entraîne le « retrait de ce dernier de la gestion directe »⁽⁷⁶⁵⁾ de l'entreprise publique. Ce qui est sûr, est que l'indépendance des membres de l'assemblée générale permet à l'entreprise publique de jouir, par ricochet, d'une « indépendance organique et fonctionnelle »⁽⁷⁶⁶⁾.

2) Une relation de concertation entre les dirigeants sociaux

Tout en ayant à l'esprit que l'Etat est à même d'imposer des sujétions à l'entreprise publique⁽⁷⁶⁷⁾, l'on ne doit pas perdre de vue que les relations entre l'Etat actionnaire et l'entreprise publique d'une part et celles entre les dirigeants sociaux d'autre part, doivent être désormais, des relations de concertation et de coordination. L'idée de départ est que

⁽⁷⁶³⁾ Un membre est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec l'Etat qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement.

⁽⁷⁶⁴⁾ Lorsque le juriste emploie le mot réception en parlant par exemple, d'un système de droit ou d'un quelconque droit, il évoque l'ensemble des moyens dont dispose l'Etat pour manifester expressément son acceptation de ce système ou de ces règles de droit pour permettre son entrée dans ce que l'on appelle l'ordre juridique national ou interne.

⁽⁷⁶⁵⁾ NGUYEN-QUOC-NINH, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*, Paris LGDJ, 1979, n° 280.

⁽⁷⁶⁶⁾ CHAVALLIER Francis, *Les entreprises publiques en France*, Paris, la documentation française, 1979, pp. 12-13.

⁽⁷⁶⁷⁾ R. ZOUAIMIA, *L'ambivalence de l'entreprise publique en Algérie*, RA, 1989, n° 1, p. 45, spéc. 154 et s.

dans l'entreprise publique, l'on ne puisse avoir qu'une seule assemblée générale titulaire de tous les pouvoirs reconnus par l'AUSC et GIE. Dans l'entreprise publique unipersonnelle, en effet, l'on ne peut pas parler de conflit ou de mésentente entre actionnaires ou encore moins de leurs droits individuels, puisque l'Etat est le seul détenteur des actions. Si conflits il peut y avoir, ce sera entre les organes sociaux de gestion et les organes délibérants. Bien que l'AUSC et GIE par certaines de ses dispositions impératives ait délimité par énumération les pouvoirs de ces organes au sein de la société commerciale⁽⁷⁶⁸⁾, il n'est pas exclu que des chevauchements ou des mésentes appaissent dans la coordination et le fonctionnement de ceux-ci.

En effet, il est prévu par l'AUSC et GIE que le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il les exerce « sous réserve » de ceux expressément attribués à l'assemblée générale⁽⁷⁶⁹⁾. Les expressions telles que « sous réserve » et « notamment » (dans l'énumération des pouvoirs du CA) sont révélatrices. Elles insinuent d'une part, qu'il existe, malgré le caractère très hiérarchisé des organes des SA⁽⁷⁷⁰⁾, une certaine interdépendance entre le conseil d'administration et l'assemblée générale et d'autre part, que la liste des pouvoirs du conseil d'administration n'est pas exhaustive. Cette situation est source de possibles conflits de compétence pour la prise de telle ou telle décision. Par exemple, un conflit peut surgir si une convention entre un dirigeant et l'entreprise publique venait à être effective par la seule volonté du conseil d'administration en dépit de l'opposition de l'assemblée générale. En pareil cas, l'on peut dire qu'il y a violation des dispositions de l'AUSC et GIE⁽⁷⁷¹⁾ et donc contrariété du principe de spécialité des organes.

Sur ce, l'on se réjouit que les tiers soient protégés par l'article 504 du même acte uniforme. Selon cet article, qu'elles soient approuvées ou désapprouvées par l'AG, les conventions réglementées concernant l'administrateur général ou son adjoint produisent leurs effets aussi bien entre ces derniers et l'entreprise qu'envers les tiers. Il faut tout de même rappeler que l'exception du cas de fraude, prévue à l'article 443 de l'AUSC et GIE, concernant les conventions des administrateurs de SA avec conseil d'administration, n'est pas reprise à l'article 504 du même acte uniforme⁽⁷⁷²⁾.

Lors de la définition de la stratégie ou de l'orientation à donner à l'entreprise publique, les visions peuvent être divergentes entre les membres d'un même organe et aboutir à une

⁽⁷⁶⁸⁾ Voir articles 435, (pour le CA), 546, (pour l'AGO), 551 (pour l'AGE) et 555 (pour l'assemblée spéciale) de l'AUSC et GIE. Egalement, cf. Joly 1990, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 500.

⁽⁷⁶⁹⁾ V. Article 435 de l'AUSC et GIE.

⁽⁷⁷⁰⁾ Voir Arrêt MOTTE, Cass. Civ. 4 juin 1946, JCP, 1947, II, 3518, note BATIAN. « Attendu en effet que la SA, est une société, dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'AG, qu'il n'appartient donc pas à l'AG d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration »

⁽⁷⁷¹⁾ Voir article 546 al. 4 de l'AUSC et GIE.

⁽⁷⁷²⁾ l'article 443 de l'AUSC et GIE prévoit les conséquences à l'égard des cocontractants et des tiers en cas convention sans fraude (produit tous ses effets à l'égard de tous), avec fraude commise lors de la conclusion, et néanmoins approuvées par l'AGO (elle peut être annulée et privée d'effet), sans fraude mais désapprouvées par l'AGO (produit ses effets avec possibilité de dommages et intérêts) et avec fraude, mais désapprouvées par l'AGO (peut être annulée et ne produit aucun effet et ses conséquences peuvent être mises à la charge des intéressés et des membres du CA).

rupture de communication ou à des échanges explosifs. Il est donc, important, dès l'apparition du conflit, que les dirigeants eux-mêmes puissent rétablir les conditions d'une communication normale. Ceci peut se faire par une concertation sous l'arbitrage du ministre de la tutelle de l'entreprise publique par exemple. Sans être considéré comme un réviseur d'entreprise défini comme un expert indépendant et impartial au service des pouvoirs publics et politiques, le ministre de la tutelle technique dans son rôle d'arbitre doit, tant que cela est possible, agir de façon objective dans l'intérêt social, c'est-à-dire l'intérêt propre de l'entreprise publique personne morale indépendante de l'Etat actionnaire. Dans le même temps, il faut souligner que tant que le ministre de la tutelle jouera le rôle d'arbitre dans les conflits de fonctionnement et de coordination des organes de l'entreprise publique, le droit administratif restera présent dans la gestion de celle-ci. Dans tous les cas, l'adoption d'une nouvelle structure organique dans l'entreprise publique appelle à la réadaptation des pouvoirs des organes sociaux.

B. Le renforcement des pouvoirs de l'assemblée générale

L'assemblée générale constitue le moment ou, du moins, le lieu privilégié pour l'actionnaire de s'informer sur la situation de sa société et de s'exprimer sur sa gestion. Ceci transposé à l'entreprise publique, il va de soi que chaque membre du conseil de surveillance participe aux décisions comme le vrai actionnaire. Pour cela la politique de l'information des membres de cet organe doit être améliorée (1) et que celle-ci ait plus d'autorité (2).

1) L'amélioration de la politique d'information

En quoi peut-t-on donc améliorer la politique de l'information des membres de l'assemblée générale d'une entreprise publique ?

En effet, contrairement à la société privée, dans l'entreprise publique, le droit à l'information est un droit transmis, en ce sens que le vrai titulaire de ce droit est l'Etat actionnaire. Pour cela, l'information doit être claire exacte et complète, car c'est elle qui oriente l'action des dirigeants sociaux et qui permet d'apprécier les performances, les atouts de l'entreprise publique et de connaître finalement sa situation exacte. Ainsi, l'amélioration de l'information est une exigence incontournable pour tout dirigeant soucieux, comme le souligne M. COZIAN, anxieux de mieux connaître le navire sur lequel il a embarqué, ainsi que son équipage⁽⁷⁷³⁾. En cela, l'Etat actionnaire et son l'entreprise doivent pratiquer « la politique de la maison de verre »⁽⁷⁷⁴⁾. Abondant dans le même sens, M. TELLER déclare que les obligations d'information à la charge des sociétés ont profondément évolué : la société boîte noire, devient une boîte de verre, soumise aux contraintes des marchés qui postulent plus d'informations, à la fois en quantité et en nature, et dans un délai raccourci⁽⁷⁷⁵⁾. Il n'appartient donc pas à l'entreprise publique d'être à la traine en se cachant derrière la confidentialité et le secret d'état. La politique de l'information impose la transparence dans la gestion des affaires de

⁽⁷⁷³⁾) Maurice COZIAN, *Droit des sociétés*, 17^{ème} éd. LITEC, Paris, 2013, n° 633, p. 290.

⁽⁷⁷⁴⁾ GUYON Yves, *Droit des affaires*, Tome 1, n° 412, p. 441. *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd. Economica, Paris, 2003, p. 298.

⁽⁷⁷⁵⁾ Marina TELLER, *L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables*, RTDcom 2007, p. 20.

l'entreprise publique et par conséquent, de nature à renforcer les pouvoirs de tout organe participant à la gestion de l'entreprise publique.

Pour atteindre l'effet escompté, l'obligation pour tout membre d'un organe social d'être informé sur la situation de l'entreprise publique doit s'accompagner de mesures contraignantes. Par exemple, la mise en place d'un comité national de suivi⁽⁷⁷⁶⁾ pour contrôler l'effectivité de la communication des documents ou la mise en place d'un système de vérification des informations par un organisme national tiers indépendant⁽⁷⁷⁷⁾. Les obligations d'information doivent être non seulement étendues aux divers comités participant à la gestion de l'entreprise publique, mais également appliquées avec grande rigueur. Tels était d'ailleurs la position de la cour de cassation française dans une récente affaire (WENDEL/LVMH) dans laquelle la commission des sanctions de l'autorité financière a sanctionné des manquements à l'obligation d'information du public de son règlement général pour ne pas avoir déclaré le franchissement de seuil suite à une acquisition⁽⁷⁷⁸⁾.

Au-delà, du droit qu'un dirigeant a de solliciter la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de rendre un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion⁽⁷⁷⁹⁾ l'on doit envisager également la possibilité pour un membre d'un organe social dont le droit à l'information est restreint, à ester en justice les autres membres ayant pratiqué la rétention d'information. De même, la désignation du lieu de dépôt des documents d'information destinés aux organes sociaux en général, doit être obligatoire. Ce peut être au siège social de l'entreprise publique ou au ministère de tutelle technique. S'agissant de l'unicité ou de la dualité du lieu de dépôt des documents, l'on estime que la solution de deux lieux de dépôt serait conforme à l'objectif d'amélioration de l'information des organes sociaux⁽⁷⁸⁰⁾ et répondrait certainement à la logique de la « *corporate governance* ». Certains auteurs proposent même que les informations soient adressées au domicile des membres des organes sociaux, clairement présentées et bien commentées⁽⁷⁸¹⁾. Ceci permettrait, selon eux, aux dirigeants sociaux, quel que soit leur niveau d'instruction, sauf négligence, de les lire et les comprendre en vue de participer, en membre averti, à la prise des décisions au sein de l'entreprise publique.

Il faut relever également que la prolifération des outils modernes de communication (internet, téléphone) est un facteur indéniable d'information et d'amélioration de la politique de l'information des représentants de l'Etat actionnaire. Ces outils évitent que les dirigeants sociaux se déplacent au siège social de l'entreprise publique ou ailleurs

⁽⁷⁷⁶⁾ Le cas par exemple du haut comité de suivi en France, instauré par la modification du code de gouvernement d'entreprises de l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) et du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) de juin 2013 ; cité par Sophie SCHELLER et Fabrice PAPRIZIO, *Les minoritaires sacrifiés dans les Entreprises de Tailles Intermédiaires (ETI)*, Recueil Dalloz, *hedb*. 189^e année, 12 décembre 2013, n° 43/758, pp. 2841 à 2904, 2013.

⁽⁷⁷⁷⁾ A.225-1 à A.225-4 c. com. Fr.

⁽⁷⁷⁸⁾ AMF, *comm. Sanctions*, Plén., 13 décembre 2010, WENDEL SA M. J.B. LAFONTA et Deutsche Bank, Paris, Bull. Joly bourse 2011. 257-268 ; 25 juin 2013, LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton, Bull. Joly Bourse 2013 559.

⁽⁷⁷⁹⁾ Voir, Sophie SCHELLER et Fabrice PAPRIZIO, *Les minoritaires sacrifiés dans les Entreprises de Tailles Intermédiaires (ETI)*, Recueil Dalloz, *hedb*. 189^e année, 12 décembre 2013, N° 43/758, pp. 2841 à 2904, 2013.

⁽⁷⁸⁰⁾ V. HOUIN et GORE, *D.* 1967, *Chr.* p. 157.

⁽⁷⁸¹⁾ André TUNC, *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*, *D.* 1952, p. 73-78.

pour consulter des documents sociaux qui constituent de lots de papier difficile à manipuler. A ce sujet, il convient de saluer l'introduction dans l'AUSC et GIE révisé, de la communication par les technologies de l'information et de la communication (TIC)⁽⁷⁸²⁾ qui sont des moyens modernes électroniques que l'on qualifie de véritables « autoroutes de l'information ».

Il est remarquable que l'adage populaire selon lequel « celui qui a l'information, a le pouvoir » se vérifie le plus, en droit des sociétés, car l'information est au centre de cette branche du droit privé. Il est aussi vrai également que l'amélioration de l'information dans L'entreprise publique permet d'accroître l'autorité de l'assemblée.

2) L'accroissement de l'autorité de l'assemblée générale

Le terme autorité s'entend dans le présent contexte comme une qualité intrinsèque à l'assemblée générale et qui est une attribution qui légitime son pouvoir et son droit de prendre des décisions en lieu et place de l'Etat actionnaire. L'on ne doit donc pas la confondre avec la notion de puissance publique.

En effet, dans l'entreprise publique, l'exercice des pouvoirs englobe les actes d'autorité et d'administration. Ces pouvoirs sont répartis entre plusieurs organes de l'entreprise dont les limites sont soit, légales ou soit, statutaires. Les attributs, en effet, de l'assemblée générale laissent entrevoir des marques d'autorité⁽⁷⁸³⁾, puisqu'en interne, aucun autre organe ne peut remettre en cause les décisions prises par cette assemblée. En plus, l'on constate que les décisions qu'elle prend ont été, le plus souvent, travaillées en amont par le Conseil d'administration ou le commissaire aux comptes. L'assemblée générale ne fait qu'entériner ou refuser ces décisions. Tel est le cas par exemple, des états financiers, de l'affectation du résultat dont les comptes sont arrêtés par le conseil d'administration, de l'approbation ou du refus des conventions règlementées, dont l'autorisation préalable du conseil d'administration est requise, et de l'approbation du rapport du commissaire aux comptes. Comme un juge tranchant en dernier ressort, l'assemblée générale de l'entreprise publique doit prendre ses décisions en connaissance de cause et en toute indépendance.

En considération de ce qui précède, il est clair que l'assemblée est l'organe souverain du droit de décisions sur l'entreprise publique. Par conséquent, ses décisions s'imposent à tous les organes sociaux, à l'entreprise publique elle-même et à l'Etat actionnaire. Cette autorité est renforcée par le fait que l'assemblée générale la tient à la fois de l'AUSC et GIE et de l'autorité qui l'a nommée. Vu l'évolution du contexte économique et financier marquée par l'interventionnisme de l'Etat dans la gestion de l'entreprise publique, la question que l'on se pose par rapport à l'autorité de l'assemblée générale est celle de sa compétence exclusive dans l'exercice de certains de ses pouvoirs comme par exemple, la décision d'augmentation de capital social⁽⁷⁸⁴⁾.

⁽⁷⁸²⁾ Voir articles 133-1, 133-2, et 134 de l'AUSC et GIE révisé introduisant le vote par correspondance et le vote à distance.

⁽⁷⁸³⁾ V. Article 546 de l'AUSC et GIE.

⁽⁷⁸⁴⁾ Voir article 435 et suiv. et 546 et suiv. de l'AUSC et GIE.

Restant dans la logique de l'unicité de l'assemblée générale, l'on devrait permettre à l'assemblée générale de déléguer au conseil d'administration, les pouvoirs nécessaires pour réaliser une augmentation de capital⁽⁷⁸⁵⁾. Quant à la force juridique des décisions prises par le CA suite à une délégation de pouvoirs, il paraît logique qu'elles aient la même force que celles que prendrait l'assemblée générale. Mais, pour prévenir tout abus de la part du CA, il conviendrait alors que l'assemblée générale dans l'exercice de son autorité puisse soit, décider de l'augmentation de capital et déléguer au CA le pouvoir de fixer les modalités, soit lui déléguer sa compétence de décision dans les limites déterminées. Dans l'un ou l'autre cas, la délégation devant être encadrée par l'obligation de réaliser l'augmentation de capital dans un délai précis avec un plafond global déterminé. Sans traduire l'expression des prérogatives de puissance publique, il convient tout de même de souligner que la force des décisions de l'assemblée générale dans l'entreprise publique est l'une des manifestations de l'impérativité des dispositions de l'AUSC et GIE. Ce qui importe, c'est que les organes sociaux aient des pouvoirs distincts et bien précis qui leur permettent d'agir dans le respect des dispositions législatives organisant l'étendue de leurs pouvoirs et sanctionnant d'éventuels dépassements. En cela, il convient de mettre sur pied un mécanisme de surveillance mutuelle entre tous les organes de l'entreprise publique.

Pag. II. L'introduction des règles de surveillance mutuelle entre les organes de l'entreprise publique

L'introduction dans l'entreprise publique des règles de surveillance mutuelle entre les organes sociaux va dans la droite ligne de la gouvernance d'entreprise. En effet, la surveillance mutuelle dans la présente étude fait référence aux relations entre l'Etat actionnaire, son conseil d'administration, la direction et les autres parties prenantes interne ou externe de l'entreprise. Elle suppose donc une nouvelle répartition des compétences et des responsabilités adéquates ; ceci permettra sans doute, une meilleure visibilité quant aux règles de droit applicables à l'entreprise publique.

Un des aspects de l'introduction des règles de surveillance mutuelle entre les organes vise à renforcer la séparation entre l'Etat propriétaire du capital et les administrateurs qui sont mandatés par lui. Cela s'apparente, en fait, à la théorie de l'agence⁽⁷⁸⁶⁾ : l'obligation de moyens oblige l'Etat actionnaire représenté par l'assemblée générale à surveiller et contrôler les fonctions du conseil d'administration et leur adéquation avec les moyens mis à la disposition de celui-ci. De son côté, le conseil d'administration a l'obligation de contrôler la direction générale.

Ces contrôles croisés ne peuvent être possibles que si l'on assouplit le caractère hiérarchisé des organes de l'entreprise publique (A). De même, l'efficacité de la

⁽⁷⁸⁵⁾ Voir articles 564 et 568 de l'AUSC et GIE.

⁽⁷⁸⁶⁾ Cette théorie encore appelée dilemme d'agence est classiquement appliquée en économie ou en droit pour analyser les relations dans lesquelles le principal (celui qui délègue un pouvoir décisionnel) délègue un pouvoir de choix à un second, l'agent ou le mandataire. Voir les développements de Michel JENSEN et William MECKLING, aux Etats-Unis dans un article de 1976 et AKERLOF George, *Le marché des tacots*, 1970. Egalement, CHARREAUX Gérard, *La théorie positive de l'agence : lecture et relectures* ; septembre 1998, p. 12 et suiv.

surveillance de l'Etat actionnaire dépendra de l'efficacité de la surveillance mutuelle entre les membres du même organe (B).

A.L'assouplissement du caractère hiérarchisé des organes sociaux

Evoker l'indépendance des organes sociaux d'une entreprise publique semble défier le bon sens, car les personnes physiques qui composent ces organes sont des représentants de l'Etat. A ce titre, elles accomplissent leur mission en se référant aux orientations données par l'Etat actionnaire qui a ses visions qui ne cadrent pas, à certains égards, avec celles des personnes morales ou physiques privées. Cependant, l'entreprise publique devant être gérée en considération des dispositions de l'AUSC et GIE, l'Etat doit assurer l'indépendance des organes sociaux en restaurant le principe de spécialité des organes sociaux (1) tout en encadrant cette indépendance (2).

1) La restauration du principe de spécialité des organes sociaux

Il est normal que pour accomplir leur mission, les organes de l'entreprise publique aient des pouvoirs adéquats, les compétences nécessaires et une objectivité suffisante pour assurer leur fonction de pilotage stratégique et de surveillance de la direction. Cette adéquation et ces compétences permettront, sans nul doute, une bonne application de l'AUSC et GIE et, éventuellement, des règles du droit administratif. Ainsi, comme le précise si bien un des principes directeurs de l'OCDE concernant le conseil d'administration, « il doit agir en toute intégrité et être responsable des décisions qu'il prend »⁽⁷⁸⁷⁾ conformément aux règles de droit régissant l'entreprise publique commerciale. En cela, le conseil d'administration doit être un organe « vivant ». Malheureusement, tel n'est pas le cas, dans la plupart des entreprises publiques où l'absentéisme est la règle. Au surplus, les dirigeants sociaux sont une émanation de l'Etat à qui ils doivent tout, même leur indépendance. Il s'agit d'un des phénomènes qui détourne les administrateurs de l'exercice effectif de leurs attributions⁽⁷⁸⁸⁾ à savoir par exemple, le contrôle de la direction ; alors même qu'il est indéniable que les dirigeants sociaux constituent l'organe cardinal du contrôle des affaires sociales. Cette présentation idyllique est totalement démentie par les faits dans l'entreprise publique⁽⁷⁸⁹⁾. Très souvent, les membres du CA tout comme ceux du conseil de surveillance s'absentent lors des réunions au cours desquelles des grandes décisions déterminant la vie sociale de l'entreprise publique sont censées être prises. Cette situation empêche ces dirigeants de bien remplir leur mission et s'explique par le fait qu'ils occupent des postes politiques qui hypothèquent leur indépendance et leur liberté et même leur disponibilité.

A cela doit s'ajouter sa compétence. Mais comme celle-ci ne peut pas aller jusqu'à la connaissance précise de l'organisation et l'activité de l'entreprise publique avant la prise de fonction comme administrateur par exemple, il convient de compléter sa compétence par des formations complémentaires sur les spécificités de l'entreprise publique et son

⁽⁷⁸⁷⁾ *Principes directeurs de la gouvernance d'entreprise des entreprises publiques*, 2004, p. 12.

⁽⁷⁸⁸⁾ Paul le CANNU, *Droit des sociétés*, Domat, Droit privé, Montchrestien, Paris, 2002, n° 591

⁽⁷⁸⁹⁾ Voir Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? (Etudes comparatives)*. Etudes offertes à René RODIERE, Dalloz 1981, p. 125, cité par Philippe MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 12^{ème} éd. Précis Dalloz, Paris 2008, 456, p. 549.

secteur d'activité. Dans la même logique, un rapport sur la bonne gouvernance de l'entreprise en France rappelle une évidence. En effet, selon ce rapport, « la première qualité d'un conseil d'administration se trouve dans sa composition : des administrateurs bien entendu intègres, comprenant correctement le fonctionnement de l'entreprise, soucieux de l'intérêt de l'actionnaire, s'impliquant suffisamment dans la définition de la stratégie et dans les délibérations pour participer effectivement à ses décisions, qui sont collégiales, pour ensuite les soutenir valablement »⁽⁷⁹⁰⁾. Ceci revient à dire que tout organe social de l'entreprise publique doit être un savant dosage de compétence, d'expérience et d'indépendance au service de l'intérêt de cette entité et de l'Etat actionnaire. Au surplus, il faut que tout organe social soit composé au moins dans sa majorité d'indépendants qui n'ont aucun lien de subordination politique et même professionnel avec l'Etat actionnaire. Ceci leur permettrait d'une part, d'appliquer sans pression, les règles de l'AUSC et GIE et d'autre part de procéder régulièrement à une évaluation formelle de leur fonctionnement et de leur performance, gage de l'efficacité de l'entreprise publique dans les Etats parties au Traité OHADA.

2) Une indépendance encadrée

L'on peut objecter qu'une indépendance encadrée n'est plus une indépendance. Mais, il est évident que l'exercice d'un droit a toujours ses limites ; c'est pourquoi, d'un côté l'Etat en tant que garant des libertés collectives et individuelles et régulateur des marchés, et de l'autre l'AUSC et GIE en tant qu'ordre juridique ayant vocation à s'intégrer dans le droit national des Etats parties, doivent encadrer les organes sociaux dans l'exercice de leurs prérogatives. Cet encadrement peut se faire par des règlements et par des dispositions statutaires.

En effet, pour des raisons de nécessaire adaptation des règles de droit administratif aux règles de l'AUSC et GIE auxquelles doit être soumises l'entreprise publique, l'Etat actionnaire peut utiliser son pouvoir réglementaire spécial qu'il exerce en matière économique. Ce pouvoir peut lui permettre « d'intervenir à titre initial »⁽⁷⁹¹⁾ dans le cadre de l'application des règles de l'AUSC et GIE, en prenant des décisions exécutoires à l'endroit des dirigeants sociaux qu'il nomme. Ainsi, l'Etat actionnaire par un règlement peut-il par exemple, décider dans le cadre du renforcement de la présence des membres de l'assemblée générale ou ceux du conseil d'administration, que le nombre des membres indépendants soit de trois quart (3/4) pour les membres du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale, et de deux tiers (2/3) pour les administrateurs. Concernant par exemple, leur autoévaluation, l'Etat peut décider également qu'elle se fasse une fois par an sous la direction d'un des membres indépendants avec l'aide d'un consultant extérieur. Aussi, convient-il de rappeler que dans l'entreprise publique, la confusion des pouvoirs « exécutif », de « surveillance » et « souverain », c'est-à-dire du directeur général, du conseil d'administration et de l'assemblée générale est fréquente du fait que tous ses acteurs sont nommés par l'Etat actionnaire. Aussi, est-il normal de préciser le plus clairement possible ce qui est attendu de chacun par un règlement intérieur des organes

⁽⁷⁹⁰⁾ V. Rapport BOUTON, « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », groupe de travail présidé par Daniel BOUTON, conférence de presse du lundi 23 septembre 2002.

⁽⁷⁹¹⁾ M. de VILLIERS, cité par D. LINOTTE et AES. GRABOY-GROBESCO, *Droit public économique*, op. cit. p. 44.

sociaux, qui fixe les règles selon l'objet de l'entreprise publique. Un tel règlement peut contenir par exemple, le rôle du conseil et, le cas échéant, des opérations soumises à autorisation préalable du conseil d'administration, en sus de celles prévues par l'AUSC et GIE. Il peut également contenir les devoirs de ses membres (déontologie, loyauté, non concurrence, devoir d'abstention, confidentialité ...) et les règles de la rémunération des membres. Le tout peut être corroboré, selon l'opinion de P.-Y. GOMEZ, par la publication de ce règlement intérieur ou de ses extraits substantiels⁽⁷⁹²⁾. L'encadrement de l'indépendance peut concerner également certaines limitations comme par exemple, celle de ne pas être client ou fournisseur ou de ne pas avoir été auditeur de l'entreprise publique concernée au cours des trois dernières années. De telles dispositions prises dans un acte séparé des statuts, sont à même de donner plus d'indépendance et d'objectivité aux organes sociaux dans leur mission.

En théorie, l'on observe que les mécanismes prévus par l'AUSC et GIE contribuent à renforcer l'indépendance des dirigeants sociaux et du coup, leur capacité à surveiller l'activité sociale. L'on constate, par contre, dans la pratique que leur indépendance n'est pas effective. Ceci transforme ceux-ci en des organes fictifs ou du moins, des organes jouant un rôle figuratif ; les vrais décideurs se trouvant ailleurs dans les cabinets ministériels. Il est donc nécessaire que l'Etat actionnaire, par des aménagements légaux, recherche par appel à candidature des dirigeants indépendants compétents. Seule cette démarche peut permettre d'identifier les compétences à même d'assurer avec indépendance, leur rôle de dirigeant et de mettre en œuvre l'application effective de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique tout en assumant la surveillance mutuelle entre eux.

B. La surveillance mutuelle entre les dirigeants sociaux

La surveillance à certains égards, évoque la notion de contrôle et s'identifie, à cet effet à l'idée de domination. Cette mission est légalement attribuée à l'assemblée générale, si bien que l'invoquer dans le cadre de cette étude serait reprendre les dispositions de l'AUSC et GIE. C'est pourquoi, sans aller jusqu'à insinuer que le conseil d'administration se substitue dans sa mission de surveillance à l'assemblée générale, il faut envisager qu'il y ait une surveillance individuelle mutuelle entre les membres de conseil (1) tout en prenant soins de préserver le caractère collégial du conseil d'administration. Il faut relever que la surveillance entre les dirigeants ne saurait, à elle seule suffire, d'où la nécessité de rendre plus effectif le rôle des organes de contrôle de l'Etat (2).

1) La surveillance mutuelle individualisée

Parler de la surveillance individuelle dans une entreprise publique revient à chercher à savoir la personne qui y détient, en droit ou en fait, le pouvoir de décision. En ce sens, la surveillance se définit par rapport à la détention de la majorité des actions⁽⁷⁹³⁾. Mais l'on s'aperçoit que dans l'entreprise publique la surveillance n'a pas nécessairement une

⁽⁷⁹²⁾ Pierre-Yves GOMEZ, *Référentiel, pour une gouvernance raisonnable des entreprises françaises*, rap. Au CA de MiddleNet, cahier n° 2, juin 2002, pp. 21 et suiv.

⁽⁷⁹³⁾ J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée*, JCP G 1992, doctrine, n° 3578, p. 187 ; voir aussi art. 174 et 175 de l'AUSC et GIE.

coloration patrimoniale⁽⁷⁹⁴⁾, puisque les dirigeants sociaux ne sont que des représentants de l'Etat actionnaire qui demeure l'ultime propriétaire de l'entreprise publique. Dès lors, l'on peut dire que la surveillance est l'attribut de tous les dirigeants sociaux de l'entreprise publique. Ainsi, une fois que ceux-ci sont nommés sur des critères de compétence juridique, technique et financière, le problème de la surveillance mutuelle de leurs actes au sein de l'entreprise publique est en partie résolu. A partir de sa connaissance, chaque administrateur est outillé pour se forger un jugement sur le comportement de l'autre ou ses actions. Les règles juridiques utilisées par les acteurs internes pour la surveillance peuvent être celles issues de l'AUSC et GIE et celles de droit administratif, pourvu que ces dernières ne soient pas contraires aux dispositions de l'Acte uniforme. Ainsi, un administrateur peut-il procéder comme un inspecteur d'état, à « la vérification systématique de tous les actes »⁽⁷⁹⁵⁾ de son collègue administrateur ou du directeur général afin de s'assurer qu'une information fournie par ces derniers, présente notamment les caractéristiques de clarté, de sincérité, d'exactitude et de transparence. Sans être juge de la légalité, il devrait pouvoir contrôler la légalité des actes des autres administrateurs comme un juge contrôlerait la légalité des actes administratifs.

En théorie, il est constant que dans l'entreprise publique, le PCA agit au nom de l'Etat et le conseil de surveillance ou assemblée générale contrôle au nom du même Etat. L'on constate, en effet que le PCA est le seul qui dispose de la capacité d'action dans l'entreprise publique. A ce titre, c'est à lui qu'il appartient de veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de l'entreprise publique confiée au directeur général⁽⁷⁹⁶⁾. A toute époque de l'année, il peut opérer les vérifications qu'il juge opportunes. Ainsi devient-il le surveillant permanent des autres membres du conseil d'administration. Dans cet esprit, l'on jugera qu'il agit comme l'Etat puissance publique qu'il représente avec des prérogatives exorbitantes de droit commun de la « démocratie actionnariale » qui doit régner dans les organes dirigeants de l'entreprise publique.

N'est-il pas possible aussi pour les autres membres du conseil d'administration de contrôler les actions de leur PCA par des techniques de surveillance tirées du droit administratif ? Il sera, en effet, difficile d'imaginer qu'une surveillance efficace puisse être exercée par un membre du conseil d'administration sur les actes de d'administration de son président lorsque celui-ci, nommé par décret, exerce une influence significative, parfois déterminante, sur les délibérations du conseil. L'on constate parfois, pour des raisons évidentes propres à l'Administration publique, qu'il est rare de voir que le conseil d'administration exerce pleinement ses pouvoirs de surveillance sur l'action de son président. C'est l'assemblée générale qui est la mieux placée légalement, pour exercer une pareille prérogative. Néanmoins, la pratique aurait pu admettre que le conseil d'administration puisse exercer une surveillance directe sur les actions de son président ; ceci éviterait d'éventuels abus de la part de celui-ci.

⁽⁷⁹⁴⁾ Yves CHARTIER, *La gestion et le contrôle des sociétés anonymes dans la jurisprudence, LITEC, Paris, 1978, p. 287.*

⁽⁷⁹⁵⁾ Voir article 480 de l'AUSC et GIE.

⁽⁷⁹⁶⁾ P. D. ALBISKY, cité par M. FRIDIEFF, *Les problèmes de la surveillance générale dans la pratique du ministère public soviétique, revue internationale de droit comparé, 1958, vol. 10 n° 1, pp. 182-185.*

Au surplus, cette possibilité de surveillance des actions du PCA par les autres administrateurs, aurait pour conséquence de renforcer la portée et l'utilité des règles de contrôle telles que fixées par l'AUSC et GIE. La surveillance mutuelle des membres du conseil d'administration dans l'entreprise publique ne peut pas être handicapée par le poids que représente le caractère public de l'entreprise publique. Si les dirigeants jouissent de leur indépendance comme il se doit, le caractère public en tant que trait dominant dans la formation et la composition des conseils disparaîtra de soi.

Dans la logique de la gouvernance d'entreprise, le devoir de surveillance mutuelle n'implique pas que les administrateurs ne veillent plus de façon collégiale à la prise en compte et au respect des règles de droit et des intérêts de l'entreprise publique et de son actionnaire. D'ailleurs, leur collégialité et leur mission de contrôle de la direction générale peuvent être élargies et renforcées par les lois nationales, ordonnances, décrets, règlements et instructions. Dans ce cadre, un administrateur, PCA ou simple membre, sans s'immiscer dans la gestion courante de l'entreprise publique, peut empêcher ou suspendre une opération en se bornant à rappeler ces lois nationales, ordonnances, décrets, règlements et instructions.

2) L'effectivité de la surveillance dans l'entreprise publique

En réalité, l'Etat n'est présent dans l'entreprise publique que par la présence physique de ses représentants, personnes physiques ; car nul ne peut toucher l'Etat, il s'agit plutôt d'une fiction, il est une œuvre de stimulation juridique. Sa représentation directe est manifestée à travers l'assemblée générale qui est d'ailleurs toujours considérée comme l'organe suprême ou le peuple souverain⁽⁷⁹⁷⁾. Dans cette logique, il est donc évident que celle-ci soit titulaire de tous les pouvoirs et, en outre qu'elle soit en charge de l'ultime surveillance de l'entreprise publique ; comme l'a rappelé la cour de cassation en France, Il s'agit, en fait d'un droit d'ordre public⁽⁷⁹⁸⁾.

En effet, pour exercer ses responsabilités d'actionnaire, l'État a en principe intérêt à utiliser des outils applicables au secteur privé, en particulier les principes de gestion des sociétés commerciales de l'AUSC et GIE. Cependant, l'entreprise publique commerciale pose un certain nombre de problèmes spécifiques de gouvernance d'entreprise qui diffèrent de ceux que l'on rencontre dans le secteur purement privé. Ces difficultés tiennent à un ensemble de caractéristiques plus ou moins marquées selon la tradition administrative des différents Etats parties. C'est ainsi que l'on constate généralement que l'entreprise publique souffre soit, de la passivité de son actionnaire État ou de ses dirigeants sociaux, soit, au contraire de leur ingérence politique indue et accrue. Cette attitude cadre assez bien avec ce qu'a écrit Y. GUYON à propos des actionnaires qui sont selon lui, généralement des moutons, parfois des lions, toujours des bêtes⁽⁷⁹⁹⁾. Cette situation participe à une dilution des responsabilités qui résulte du caractère « assez lâche

⁽⁷⁹⁷⁾ Francine MANSUY, « Assemblée d'actionnaires », *Jurisclasseur des sociétés*, 1990, n° 136, p. 4. V. également, Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17^e éd., LITEC, Paris, 2004, n° 649.

⁽⁷⁹⁸⁾ Cass. Civ. 7 avril 1932, D. H 1933, I, 153 cité par Jacques MESTRE et Christine SEBASTEN-BLANCHARD, *Lamy Sociétés commerciales*, éd. Lamy. SA, Paris, 2001, n°720.

⁽⁷⁹⁹⁾ Yves GUYON, *op. cit.* p. 311.

des contraintes budgétaires » ⁽⁸⁰⁰⁾ de l'Etat. Plus fondamentalement, les problèmes de l'effectivité des organes de surveillance dans l'entreprise publique proviennent de l'existence d'une chaîne complexe de délégation des pouvoirs, où les acteurs sont parfois lointains et multiples. Il peut s'agir par exemple, des mandants réels qui sont difficilement identifiables : les ministères, l'assemblée nationale ou les autorités de régulation, en plus des acteurs internes de l'entreprise publique elle-même. L'éparpillement des mandants et la passivité de l'Etat actionnaire et de ses dirigeants sociaux, démontrent parfois que la surveillance est quasi inexistante dans l'entreprise publique. Ce fait complique sans nul doute, la surveillance ou le contrôle dans l'entreprise publique par les mandataires sociaux. C'est pourquoi, en plus du contrôle classique effectué en application des dispositions de l'AUSC et GIE, l'Etat actionnaire doit légitimer un seul organe public de surveillance. Ainsi, les organes de contrôle tels l'inspection générale des finances, l'inspection d'état et la cour de comptes doivent se fondre en un organe de contrôle général doté de plus de moyens pour l'efficacité de sa mission et la traçabilité de ses actions. Cet organe placé sous l'autorité du premier ministre par exemple, aura une compétence horizontale et habilité à vérifier tous les actes administratifs *lato sensu*, y compris les actes accomplis par les dirigeants sociaux de l'entreprise publique. Pour éviter toute confusion ou tout conflit de compétence, le domaine d'intervention de cet organe de surveillance de l'Etat doit être défini par un décret ou par une ordonnance. Ainsi pourra-t-on par exemple, limiter la compétence de cet organe de contrôle de l'Etat à la surveillance des actes des administrateurs et ceux de l'assemblée générale touchant à la gestion, c'est-à-dire l'opportunité économique et commerciale de la gestion; le contrôle de la régularité des comptes étant laissé au commissaire aux comptes et au comité de l'entreprise. Sans aller contre le principe de séparation des pouvoirs des organes sociaux défendu par la jurisprudence Motte⁽⁸⁰¹⁾, cet organe de surveillance peut être au centre de toutes les informations concernant toutes les entreprises publiques d'un Etat partie. Aussi, tous les rapports de cet acteur public unique dans la surveillance de l'entreprise publique, pourront être soumis au régime du droit administratif.

Tout bien considéré, en dehors de l'impératif d'ordre public des dispositions de l'AUSC et GIE, aucune habilitation législative donnée à l'Etat actionnaire, même au nom de l'intérêt général, ne peut prendre des mesures nouvelles contraaires susceptibles de s'appliquer à l'entreprise publique. En revanche, un acte administratif individuel réorganisant le fonctionnement de l'entreprise ou attribuant certaines compétences à un nouvel organe créé par nécessité et dans le respect des règles prévues par l'AUSC et GIE, peut être admis. Un tel acte, en dehors du fait qu'il soit soumis au droit administratif doit être intégré à la vie de l'entreprise publique, soit par les statuts ou soit par un acte séparé.

Section II. Le complètement des statuts de l'entreprise publique

La réalité de l'entreprise publique, plus que complexe, doit amener le législateur national et les autorités compétentes, à travers des lois, décrets, règlements et ordonnances, à

⁽⁸⁰⁰⁾ Meherdad VAHABI, *Contrainte budgétaire lâche et la théorie économique*, *Revue d'études comparatives Est-Ouest* ; Vol. 36, N° 2, PP, 143-176. V. également, Guy BENSIMON *Les institutions dans la pensée économique, institutionnalisme de Kornai et la connaissance de l'économie socialiste*, XIII, colloque intern. de l'asso. Charles GIDE.

⁽⁸⁰¹⁾ Arrêt Motte, *op. cit.* PP. 104 et 338.

imaginer des règles juridiques qui peuvent s'intégrer dans le système OHADA. La question se pose alors de savoir si pour la rédaction du pacte social, l'on devrait désormais établir des statuts développés exposant en détail le fonctionnement de l'entreprise publique ou il faut se borner aux statuts simplifiés contenant les seules mentions indispensables et renvoyant pour le surplus aux dispositions législatives et réglementaires nationales ?

La logique voudrait que l'on opte pour les statuts simplifiés, ce qui éviterait notamment d'avoir à les modifier à chaque changement législatif ou réglementaire national intervenu par nécessité de gestion de l'entreprise publique⁽⁸⁰²⁾. Cela se conçoit, puisque la modification des statuts est soumise à une procédure spéciale faisant appel à l'intervention de l'Assemblée Générale ordinaire et du notaire, donc à la publication de l'avis de modification dans un journal officiel⁽⁸⁰³⁾. Aussi, l'on ne doit-il pas perdre de vue que le principe de liberté dans la rédaction des statuts commande que l'on puisse introduire dans ceux-ci, toutes les mentions indispensables⁽⁸⁰⁴⁾. C'est ainsi que l'Etat actionnaire peut recourir aux textes nationaux dans les statuts de l'entreprise publique (Pag. I) avec comme conséquence l'émergence de clivages dans le droit des sociétés commerciales entraînant une dualité de droit des sociétés dans un même Etat partie (Pag. II).

Pag. I. Le recours aux textes nationaux dans le fonctionnement de l'entreprise publique

L'on part du principe que l'AUSC et GIE n'est pas un texte national, même si comme le souligne NYANG, le droit OHADA fait office du droit national et est applicable⁽⁸⁰⁵⁾. Allant donc dans le sens de la jurisprudence et la doctrine françaises, il n'est pas rare qu'en dehors des statuts, des textes de nature variée peuvent être pris par l'Etat pour la gestion de son entreprise⁽⁸⁰⁶⁾. Le contenu de ces textes nationaux peut être inséré directement dans les statuts ou compléter ceux-ci dans un acte extrastatutaire par nécessité (A) pourvu que ce texte ne porte pas atteinte aux dispositions impératives de l'AUSC et GIE (B).

A. Le recours aux textes nationaux par nécessité

L'introduction des règles de droit national dans les statuts doit se faire tantôt pour tenir compte de la pratique et rendre plus efficace le fonctionnement de l'entreprise publique, tantôt pour améliorer la protection de l'épargne publique⁽⁸⁰⁷⁾. Mais pour une question

⁽⁸⁰²⁾ Notons que l'existence de statuts-types et la modernisation de l'informatique avec des ordinateurs à traitement de texte permettent une mise au point très rapide du pacte social.

⁽⁸⁰³⁾ Voir articles 263 et 551 de l'AUSC et GIE révisé.

⁽⁸⁰⁴⁾ Y. CHAPUT, *La liberté et les statuts*, Rev. Sociétés 1989, p. 361.

⁽⁸⁰⁵⁾ NYANG, *Cours, Introduction au droit communautaire* 2011/2012.

⁽⁸⁰⁶⁾ V. Civ., 1^{ère}, 15 nov. 1994, RJDA 1995, p. 211, n° 243 ; A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN, *Consentement tacite des nouveaux associés d'une SCM*, Paris, 10 décembre 1998, Bull. Joly 1999, p. 482, n° 100, J.J. DAIGRE. J.P. Storck, *La validité des conventions extrastatutaires*, D. 1989, Chron. 267, D. MARTIN et L. FAUGEROLAS, *Les pactes d'actionnaires*, JCP éd. G 1989, I. 3412, éd. E 1989, II. 15526 ; G. PARLEANI, *Les pactes d'actionnaires*, Rev. Sociétés 1991, p. 1 ; H. DUBOUT, *Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires*, Bull. Joly 1997, p. 5, n° 1.

⁽⁸⁰⁷⁾ V. Philippe MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, op.cit. N° 248, p. 272.

d'efficacité, les textes nationaux doivent être insérés dans les statuts de l'entreprise publique (1) ou dans un acte séparé des statuts (2).

1) La possible insertion des règles de droit national dans les statuts de l'entreprise publique

Cette possibilité de complètement se réalise par un rapprochement des dispositions de l'AUSC et GIE et les textes nationaux, en l'occurrence, le droit administratif et concerne beaucoup plus les organes sociaux de l'entreprise publique. Le rapprochement des deux ordres juridiques peut se faire soit par une collaboration législative, soit par une Coordination, soit par la compétition ou par l'hybridation⁽⁸⁰⁸⁾.

La collaboration législative correspondrait à un processus législatif dans lequel le législateur national et celui de l'OHADA participent à la rédaction des règles ; chacun y apportant sa contribution. Cette méthode peut aussi permettre que le législateur OHADA rédige des règles que les acteurs nationaux adoptent par la suite.

La coordination impliquerait l'existence d'une interdépendance entre les régimes publics et privés en général. Ce qui voudrait dire que les deux régimes soient autonomes, mais que leurs règles s'influencent Mutuellement. Ce peut être par exemple, le régime public qui définit les normes procédurales applicables à la constitution de l'entreprise publique.

La compétition entre le droit national et l'AUSC et GIE signifie que le législateur OHADA est allé au-delà des règles de droit défini par le législateur national. Le premier réduit ainsi la légitimité du second et prend les devants sans être soumis aux contraintes du législateur national. Tel semble être la situation actuelle du droit des sociétés commerciales dans les Etats parties.

L'hybridation des règles issues de l'AUSC et GIE et celles issues des droits nationaux voudrait que celle-ci se fasse dans les deux sens : les principes de droit administratif par exemple, s'appliqueront à l'entreprise publique pour ce qui concerne son organisation structurelle; les règles issues de l'AUSC et GIE ne s'appliquant qu'aux rôles et attributions des organes sociaux.

Les quatre modèles supposent que la complémentarité institutionnelle peut prendre plusieurs formes. Dans le cadre des règles applicables à l'entreprise publique, l'hybridation semble être le modèle à adopter afin qu'elle puisse être conduite en tenant compte à la fois de l'Etat actionnaire et de l'AUSC et GIE. Ce modèle permettra par exemple, d'introduire dans l'entreprise publique certaines règles jugées nécessaires par l'Etat en tenant compte des règles de droit administratif. Par exemple, il peut inclure dans les statuts, sans aller à l'encontre des dispositions de l'AUSC et GIE, une clause de non concurrence entre les administrateurs et l'entreprise publique qu'ils administrent ou une clause de consultation préalable. Dans le même ordre d'idée, les statuts peuvent limiter les pouvoirs du conseil d'administration en instituant, par exemple, une autorisation préalable de l'assemblée générale à la conclusion de certaines opérations

⁽⁸⁰⁸⁾ M. Fabrizio CAFAGGI, *Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée*, *Revue de Droit Economique* – 2013 – pp. 129-161

importantes ; mais de telles limitations ne relèvent que des mesures internes à l'entreprise publique et ne sauraient être opposables aux tiers. Aussi, pourrait-il être de la possibilité de désigner dans les statuts soit un Directeur Général Adjoint⁽⁸⁰⁹⁾ d'une entreprise publique doté également d'un Conseil d'Administration, soit un Administrateur Général Adjoint⁽⁸¹⁰⁾ d'une entreprise publique dotée d'un Administrateur Général. Pourtant, comme le souligne P. N. KANTE, l'Acte uniforme n'indique pas expressément si cette faculté suppose une clause statutaire préalable le prévoyant⁽⁸¹¹⁾. Il s'agit donc en effet, d'une faculté et non d'une obligation.

Réserve faite des obligations légales attachées à la rédaction des statuts, l'Etat actionnaire peut donc faire un véritable « calcul d'opportunité »⁽⁸¹²⁾ guidé par la nécessité de gestion de son l'entreprise et opérer ainsi le choix d'insérer des clauses issues des dispositions des textes nationaux dans les statuts ou dans un acte extrastatutaire.

2) Le recours à un acte séparé

Le souci de flexibilité et de souplesse constitue en effet, la première raison qui motive le choix en faveur d'un acte extrastatutaire plutôt que des clauses de droit national dans les statuts. L'acte séparé des statuts peut ainsi, énoncer un certain nombre de règles qui ne seront portées à la connaissance et applicables qu'aux seuls dirigeants sociaux concernés dans la mesure où son établissement par l'Etat actionnaire n'impose aucune formalité légale de publicité⁽⁸¹³⁾. Heureusement, l'article 2-1 de l'AUSC et GIE révisé le 30 janvier 2014 autorise la conclusion des conventions extrastatutaires pour l'organisation des relations entre associés, pour la composition des organes sociaux et pour la transmission des titres sociaux. Cet article vient à point nommé dans le fonctionnement de l'entreprise publique pour consacrer la validité des pactes des actionnaires. Ainsi, l'AUSC et GIE met-il fin en partie, la rigidité des dispositions statutaires. La possibilité de conclure des conventions extrastatutaire rend ainsi plus souples les règles de fonctionnement de la société commerciale en donnant l'opportunité aux dirigeants de l'entreprise publique d'organiser leurs relations et de conduire les affaires de celle-ci, et à l'Etat actionnaire d'organiser ses organes sociaux⁽⁸¹⁴⁾.

En effet, l'acte extrastatutaire permet à l'Etat actionnaire tout comme aux dirigeants sociaux de s'affranchir d'un certain nombre de règles d'ordre public en matière de droit des sociétés OHADA. Ainsi, les dirigeants sociaux pourront aussi bien y introduire des règles générales relatives au fonctionnement de l'entreprise publique (par exemple la

⁽⁸⁰⁹⁾ Article 470 de l'Acte uniforme. *Le DGA est un organe légal.*

⁽⁸¹⁰⁾ Article 510 de l'Acte uniforme.

⁽⁸¹¹⁾ P. N. KANTE, *op. cit.* p. 212.

⁽⁸¹²⁾ Guy ROULIN et Julie LABEDAN, *Le pacte d'actionnaires dans la société par actions simplifiée (SAS) : une utilité toujours d'actualité ?*, FIDAL, hebdo, Paris, pp. 28-29, 2004.

⁽⁸¹³⁾ Sauf si l'entreprise publique est cotée. Il faut signaler qu'à l'heure actuelle, aucune entreprise publique constituée sous la forme de SA n'est cotée dans l'UEMOA ou la CEMAC.

⁽⁸¹⁴⁾ Article 2-1 de l'AUSC et GIE révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE adopté à Ouagadougou (BURKINA FASO) le 30 janvier 2014, publié au JO N° spécial de l'OHADA le 4 février 2014 et entré en vigueur le 05 mai 2014 dans l'espace juridique unifié OHADA. V. égal. Séminaire international à Libreville (GABON) sur le nouvel AU révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Séminaire animé par le Prof. Akuété Pedro SANTOS et Me Benoit LE BARS, les 14 et 15 mai 2014.

composition des organes de gouvernance) que des règles particulières relatives à l'intérêt de l'Etat actionnaire et à celui de l'entreprise publique elle-même (la protection de l'intérêt général, la transparence). Dès lors, l'on s'aperçoit que l'acte extrastatutaire constitue bien un outil souple et complémentaire efficace ; il devient donc le lieu privilégié pour l'Etat actionnaire d'introduire des règles de droit administratif dans la gestion de l'entreprise publique. Il peut le faire soit, par convenance ou soit, par nécessité. Dans tous les cas, l'acte extrastatutaire doit être régi, comme un contrat, par le principe de l'effet relatif tel qu'énoncé par l'article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». Autrement dit, l'acte extrastatutaire tout comme les statuts, sera perçu comme une loi pour l'Etat actionnaire et les dirigeants sociaux. Ils peuvent prendre la forme de clauses statutaires, ce qui leur confère des avantages certains au détriment de la confidentialité⁽⁸¹⁵⁾. L'on peut dire donc que les aménagements contractuels conclus par les dirigeants sociaux doivent être soumis aux règles de droit commun des obligations. Mais au-delà de cette possibilité, l'on doit avoir à l'esprit que ces aménagements ne doivent pas être contraires aux dispositions de l'AUSC et GIE.

Malgré leurs formes différentes, l'on observe qu'il existe une complémentarité « naturelle » entre l'acte extrastatutaire et les statuts de l'entreprise publique, non seulement en raison de leur objet commun (l'organisation du fonctionnement de l'entreprise), mais également en considération de leur signataire (les dirigeants sociaux). En outre, il est indéniable que l'existence des statuts de l'entreprise publique est le préalable nécessaire à l'élaboration de l'acte extrastatutaire. La combinaison des deux actes offre à l'Etat et aux dirigeants sociaux, une plus grande flexibilité dans l'organisation de leurs relations en leur permettant de définir leurs propres règles de fonctionnement en parallèle des règles de l'AUSC et GIE.

B. La prise en compte des dispositions de l'AUSC et GIE obligatoire dans l'acte extrastatutaire

Les statuts et les actes extrastatutaires sont, au-delà de tout, des conventions. En ce sens, ils rappellent l'article 1134 du Code civil qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... Elles doivent être exécutées de bonne foi ». En cela et pour son application dans l'entreprise publique, l'autorité de l'acte extrastatutaire doit être effective (1) tout en sachant que les clauses statutaires priment celles de l'acte extrastatutaire (2).

1) L'effectivité de l'autorité de l'acte extrastatutaire

La soumission de l'Etat actionnaire et des dirigeants sociaux à l'acte extrastatutaire dépend de la force obligatoire que l'on donne à celui-ci. En principe, les statuts et l'acte « périphérique »⁽⁸¹⁶⁾, devraient avoir la même force légale, car ils ont pratiquement les mêmes signataires et régissent les mêmes organes de l'entreprise publique. En cela, pour Y. GUYON, il faudrait que l'on donne un caractère obligatoire à toutes les clauses qui

⁽⁸¹⁵⁾ Sur cette question V. Sophie SCHILLER, *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?* *Rev. Société* 2011, 33 et S.

⁽⁸¹⁶⁾ Expression pour désigner les actes extrastatutaires. V. Michel VILLEMONT, *Des actes périphériques des statuts*, art., *Mon juriste*, *Actualité juridique*, *Actualité du droit*, pp. 1 et suiv.

figurent dans l'acte qualifié d'extrastatutaire⁽⁸¹⁷⁾. Abondant dans le même sens, la cour de cassation française a pu retenir qu'un acte extrastatutaire correspond aux statuts, car les clauses statutaires prévoyaient « l'établissement de cet acte ayant force obligatoire pour les actionnaires »⁽⁸¹⁸⁾. Il faut cependant tempérer cette position du juge français, car si les deux actes régissent l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise publique, ils n'ont pas la même force juridique dans la mesure où la rédaction des statuts pour l'entreprise publique est une obligation prévue par l'AUSC et GIE⁽⁸¹⁹⁾, alors que l'acte extrastatutaire n'est qu'une « convention » facultative prévue par l'article 2-1 de l'AUSC et GIE qui peut inclure des règles de droit administratif et qui ne tient lieu de loi qu'aux seuls dirigeants sociaux et à l'Etat qui l'ont signé. La seule certitude que l'on peut évoquer est qu'il existe un lien interactif entre l'acte extrastatutaire et les statuts. C'est pourquoi l'on doit faire une lecture homogène des deux actes permettant ainsi d'éclairer les dispositions obscures des statuts à la lumière de celles de l'acte extrastatutaire.

En effet, la proximité de l'acte extrastatutaire avec les statuts permet sans nul doute, de le rapprocher de ceux-ci en lui conférant une place privilégiée dans la hiérarchie des normes sociétaires. A cet effet, le juge français a jugé que l'esprit des statuts impliquait que l'acte extrastatutaire « fût lui-même partie intégrante des statuts »⁽⁸²⁰⁾ avec une force obligatoire. Au-delà de l'idée même de la force obligatoire de l'acte extrastatutaire, l'on doit considérer qu'il complète les statuts. Dès lors, l'on ne peut plus affirmer que l'acte extrastatutaire a la même nature et la même autorité que les statuts ; puisque le premier ne vient qu'en complément du second.

Néanmoins, l'on peut constater que bien que différents par leur origine, l'acte extrastatutaire pris par le conseil de surveillance et celui pris par le conseil d'administration débouchent sur le même résultat : leur application aux dirigeants sociaux, la reconnaissance de leur force obligatoire et leur intégration aux statuts. Cette approche a d'ailleurs été admise par la doctrine et la jurisprudence françaises pour ce qui est du pacte des actionnaires qui se rapproche de l'acte extrastatutaire⁽⁸²¹⁾.

L'on peut émettre le vœu que l'acte extrastatutaire soit intégré dans les statuts. Ceci se justifie soit par ses racines statutaires, soit par son contenu qui aurait tenu compte des dispositions de l'AUSC et GIE. Il faut toutefois nuancer, car si l'acte extrastatutaire fait partie intégrante des statuts, il reste un acte normativement inférieur, soumis à la fois aux dispositions légales impératives et aux statuts eux-mêmes.

⁽⁸¹⁷⁾ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, éd. 2002, p. 33. Contr. J.J. DAIGRE, *De l'existence d'un pacte fondamental entre actionnaires, de sa portée et de sanctions de sa violation*, *Rev. Sociétés*, octobre-décembre 1996, p. 783.

⁽⁸¹⁸⁾ Com. 20 octobre 1998, *Bull. Joly* 1999, p.381, note Le CANNU.

⁽⁸¹⁹⁾ CA, Rennes, 26 septembre 1984, *J.C.P.* 1986, éd. E. II, 14726, note MONEGER ; égal. Com. 13 février 1996, *Rev. Soc.* 1996, 781, note J.J. DAIGRE.

⁽⁸²⁰⁾ V. Articles 10 et suiv. de l'AUSC et GIE.

⁽⁸²¹⁾ Le CANNU, *Le règlement intérieur des sociétés*, *Bull. Joly* 1986, p. 723. Paris, 30 novembre 1993, *JCP* 1994, éd. E, II, 575, note Th. BONNEAU ; com. 20 octobre 1998, *Bull. Joly* 1999, 381, note Le CANNU ; M. Ch. MONSALLIER, *Thèse, Aménagements contractuels du fonctionnement de la SA.*, LGDJ, 1998, n° 4 et s.

2) La primauté des statuts sur les actes extrastatutaires

Si les statuts ont pour objet de fournir des précisions exigées par l'AUSC et GIE, l'acte extrastatutaire, par exemple, le règlement intérieur, quant à lui, vise à aménager ou compléter les dispositions relatives aux rapports entre l'Etat actionnaire et ses mandataires d'une part et d'autre part, entre ceux-ci et enfin entre les deux premiers et les tiers. En ce sens, les dispositions d'un acte extrastatutaire peuvent ou ne pas tenir compte de certaines dispositions de l'AUSC et GIE et s'en tenir uniquement aux règles ayant leur source dans le droit administratif. La seule règle à observer dans la rédaction de l'acte extrastatutaire, est celle de l'attention sous l'éclairage des dispositions légales et statutaires.

Ceci étant, l'on peut conclure que le document extrastatutaire n'est valable que si l'on respecte dans sa rédaction les dispositions impératives de l'AUSC et GIE et le principe de primauté des statuts et à condition qu'il n'y ait pas contrariété. Dans cet esprit, l'on peut affirmer que les clauses statutaires priment sur toute règle extrastatutaire de sorte que toute contradiction entre ces deux catégories d'actes entraînera de *facto* l'annulation des décisions prises en considération de l'acte extrastatutaire. En conséquence, toute l'utilité d'un acte extrastatutaire ne pourra être garantie que par une rédaction attentive et prudente de ses clauses au regard des dispositions statutaires et de leur efficacité dans la gestion de l'entreprise publique.

En réalité, les effets des limites de l'acte extrastatutaire ne doivent pas être exagérés, car au-delà de celles-ci, cet acte peut permettre à l'Etat actionnaire et aux dirigeants de l'entreprise publique de définir librement, la composition des organes de celle-ci en tenant compte des règles de la gouvernance d'entreprise. Cette vision est d'ailleurs celle du législateur africain qui reconnaît implicitement, mais nécessairement que l'entreprise publique soit régie par un ensemble de règles impératives où l'intérêt social prévaut sur l'intérêt individuel, et où le statut légal l'emporte sur les statuts conventionnels⁽⁸²²⁾.

L'on observe en définitive que les règles de droit interne insérées dans les statuts peuvent avoir comme source le droit administratif ou le droit des sociétés commerciales. Ceci revient donc à dire que l'entreprise publique, son actionnaire et ses dirigeants sociaux sont susceptibles d'être régis par les règles de droit interne et par celles de droit des sociétés OHADA. Dans cette réalité propre à l'entreprise publique, l'on s'achemine inéluctablement vers l'émergence d'un clivage dans le droit des sociétés d'un même Etat partie.

Pag. II. L'émergence de clivages dans le droit des sociétés commerciales d'un même Etat Partie

Le « tout d'ordre public » est dangereux tant en ce qui concerne la situation juridique de l'Etat actionnaire⁽⁸²³⁾ que le fonctionnement de l'entreprise publique elle-même. Le législateur africain l'a bien compris en admettant qu'en certaines circonstances, l'ordre

⁽⁸²²⁾ Pascal NGUIHE KANTE, *op. cit.* p. 221

⁽⁸²³⁾ Monique-Aimée NJANDEU, *La protection de la société commerciale en droit OHADA, in Les mutations juridiques dans le système OHADA, éd. Harmatan, Cameroun, Nov. 2009.*

public sociétaire puisse connaître des dérogations. Il laisse ainsi la liberté à l'Etat actionnaire de compléter les structures légales par les structures facultatives et aussi d'assouplir les règles d'organisation ou de fonctionnement de l'entreprise publique. Cette possibilité renforce l'idée qu'une application stratifiée du droit des sociétés OHADA et du droit administratif s'impose à l'entreprise publique non comme un cumul ou un dédoublement des droits, mais plutôt comme une dualité voulue pour un concours de complémentarité (A) avec comme seul repère, l'AUSC et GIE (B).

A. Une dualité voulue

L'entreprise publique est toujours attachée à certaines pratiques ayant leurs sources dans les textes nationaux. Cet attachement implique que l'on compète les dispositions de l'AUSC et GIE dans leur application à l'entreprise publique par les dispositions des droits nationaux (1) sans que ce complètement n'ait d'incidence sur la compétence juridictionnelle en cas de conflit touchant à l'entreprise publique (2).

1) Un indispensable complètement des dispositions de l'AUSC et GIE

D'un côté, le complètement des statuts de l'entreprise publique est vu comme une dérogation et ne doit se réaliser que lorsque l'AUSC et GIE et les textes nationaux ont le même objet et tous deux applicables à l'entreprise publique. Il est donc autorisé de faire appel aux « anciens » textes restés en vigueur et même, aux « nouveaux » textes adoptés pour la gestion de l'entreprise publique⁽⁸²⁴⁾. Par exemple, en considération des dispositions de l'AUSC et GIE, les biens de l'entreprise publique devraient être librement transmissibles⁽⁸²⁵⁾. Mais, ce trait de caractère de la S A pourra être conventionnellement atténué en invoquant le principe du droit administratif de l'inaliénabilité des biens de l'Etat.

De l'autre côté, bien que le législateur africain n'ait pas légiféré sur le droit pénal par exemple, sa position pour ce qui concerne les sanctions applicables en cas de faute dans la gestion des sociétés commerciales interpelle le juriste. Le renvoi par le législateur africain aux textes nationaux laisse la possibilité ou le risque pour un Etat partie de s'affranchir du droit des sociétés de l'OHADA. Cette attitude du législateur africain permet au législateur national de tenir compte de la réalité du terrain pour légiférer sur tel ou tel acte et de définir les sanctions et, dans une large mesure, les incriminations y afférentes. Il n'en demeure pas moins que cette solution n'est pas de nature à mettre un terme aux fissures et dérives ayant motivé les Etats parties au Traité OHADA à vouloir harmoniser leur droit. Plutôt, l'on assiste à une disparité entre les différentes législations et les conséquences qui en résultent, notamment les divergences des solutions auxquelles elles aboutissent. Ces divergences conduisent à l'émergence des « paradis pénaux »

⁽⁸²⁴⁾ Cette assertion se défend par la lecture combinée des al. 1^{er} et 3^{ème} l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE. L'alinéa 1^{er} pose le principe général de soumission de l'entreprise publique et l'alinéa 3 s'analyse comme un tempérament à ce principe. Cet assouplissement apporté par l'alinéa 3 de l'Acte est une contestation de l'unicité de cet Acte quant à son application.

⁽⁸²⁵⁾ L'art. 764 AUSC confirme une solution classique. V. note RIVET, *La distinction des parts d'intérêts et des actions*, DEFRENOIS, 1951, 353 ; PIC Critérium de la distinction de l'intérêt et de l'action, *Annales*, 1910, p. 441.

encore appelés « pays refuge » ou « forum shopping »⁽⁸²⁶⁾, rejoignant évidemment, la pensée de PASCAL, selon laquelle « vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà : plaisante justice qu'une rivière borne »⁽⁸²⁷⁾. En admettant, par exemple, que les Etats Parties puissent déterminer les sanctions pénales encourues par les contrevenants aux règles des Actes uniformes⁽⁸²⁸⁾, l'on assiste également à un partage de compétence entre l'OHADA, qui énonce les éléments matériels et moraux de l'infraction dans l'AUSC et GIE et les Etats parties qui s'obligent à déterminer les sanctions pénales. Ceci permet de ménager, sans doute, les susceptibilités souverainistes des Etats en préservant leur domaine résiduel de fixation de sanctions par le biais de leurs Codes et législations en matière pénale⁽⁸²⁹⁾. En cela, le Traité de l'OHADA admet, à notre entendement, que l'on puisse prévoir les sanctions propres à une catégorie d'actionnaires ou membres du conseil d'administration. Une telle approche n'est pas surprenante pour les représentants de l'Etat actionnaire qui sont des fonctionnaires de l'Etat. Autrement dit, l'on peut les soustraire, de l'application des sanctions qu'encourent les administrateurs non fonctionnaires pour les soumettre aux sanctions prévues par le droit administratif. Si un tel point de vue l'emportait, il nous renverra alors à la dualité de droit dans une même entreprise publique et dans un même Etat. Une telle situation, si elle venait à être effective, appelle à la vigilance et à prudence du juge dans sa prise de décision, au risque d'instituer l'arbitraire dans les Etats parties OHADA. En application de l'adage *specialia derogant generalibus*, l'on peut dire que l'entreprise publique, quelle que soit sa spécificité ou son régime, ne peut pas déroger au droit commun des sociétés commerciales. Ce qui fait dire P. – G POUGOUE qu'une réglementation spécifique prévue à l'égard des entreprises publiques doit être considérée tout simplement comme « un indispensable complètement des dispositions du droit OHADA et non comme une éventuelle dérogation à celles-ci »⁽⁸³⁰⁾. Ce complètement est nécessaire, même s'il crée une disparité en droit, entre l'entreprise publique et les autres sociétés commerciales d'un même Etat. Il s'agit d'ailleurs d'une disparité « positive » puisque l'entreprise publique, de par sa spécificité doit se conformer, également à certaines règles particulières auxquelles ses activités et son propriétaire sont soumis⁽⁸³¹⁾.

2) Un complètement sans incidence sur la compétence juridictionnelle

L'application des droits nationaux et communautaire à l'entreprise publique peut susciter un problème de deux ordres à savoir :

⁽⁸²⁶⁾ DELMAS- MARTY, *Droit pénal des affaires*, T. partie générale, PUF, 1990 ; Spener YAWAGA, *regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas droit du droit pénal OHADA*, éd. Harmattan, 2009, p. 85.

⁽⁸²⁷⁾ Blaise PASCAL, *Pensées*, p. 294.

⁽⁸²⁸⁾ Suivant l'article 5 al. 2 du Traité OHADA du « les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénales. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ».

⁽⁸²⁹⁾ Babacar GUEYE et Saïdou Nourou TALL, *com. Sous, Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Voir égal. P. M. DUPUY, Grand textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2006 ; KENFACK DOUDJINI Gaston, « L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA », *Penant* n° 830, mai-août 1999, p. 125.

⁽⁸³⁰⁾ P. – J POUGOUE, *Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA*, *Jridis périodique*, n° 65, 2006, pp. 99 et suiv. 1999, p. 2. ouvr. *Précité*, p.327.

⁽⁸³¹⁾ V. Article 21 de l'AUSC et GIE, « lorsque l'activité exercée par la société est réglementée, la société doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise ».

En premier lieu, il peut y avoir des difficultés à déterminer l'ordre juridictionnel compétent. Les requérants, surtout les tiers qui se sentent lésés par l'entreprise publique peuvent se tromper. L'adjectif « publique » est du genre à diriger naturellement les demandeurs vers les tribunaux administratifs. Egalement, Les tribunaux eux-mêmes peuvent mal apprécier ce qu'est l'état du droit et se déclarer à tort soit compétents, soit incompétents. L'absence quasi-totale de tribunal des conflits dans les Etats-Parties au Traité OHADA ne permet pas, en pareil cas, de redresser les erreurs commises et, d'une façon générale, d'éclairer ou d'édifier les praticiens du droit OHADA. A la limite, la CCJA peut jouer ce rôle, car elle est un ordre supranational et principal pourvoyeur des avis en droit OHADA d'une part et d'autre part, elle jouit d'une indépendance⁽⁸³²⁾.

En second lieu, il peut se faire qu'un tribunal de l'ordre judiciaire et un tribunal de l'ordre administratif, tout en ne dépassant pas les limites de leur compétence respective, se prononcent de façon divergente pour résoudre les cas de conflits. En pareille situation, le juge judiciaire doit être préféré au juge administratif. Ceci en raison du fait d'une part, que l'entreprise publique par sa forme est commerciale et d'autre part, que l'opérationnalité des tribunaux administratifs n'est pas effective dans les Etats-parties OHADA. Tout aussi logiquement, il est compétent parce que l'Etat exerce des activités commerciales par l'intermédiaire de l'entreprise publique que l'on a écarté, du moins théoriquement, de la sphère administrative.

Dans la pratique en effet, et selon D. TRUCHET, le juge judiciaire peut appliquer dans l'exercice normal de sa compétence envers l'entreprise publique, des règles issues du droit administratif. C'est toujours de sa part un choix souverain : telle ou telle règle de droit administratif lui semble si bien adaptée à l'entreprise publique, qu'il peut se l'approprier sans éprouver le besoin d'imaginer une règle propre. Ainsi, le juge judiciaire compétent pour connaître d'un fait touchant à un acte administratif influençant le fonctionnement de l'entreprise publique, peut-il le faire en lui appliquant les règles de l'AUSC et GIE. De même, le juge judiciaire peut utiliser des notions de droit administratif pour apprécier sa compétence⁽⁸³³⁾. Par exemple, pour déterminer s'il peut connaître d'un contrat auquel l'Etat actionnaire est partie, il lui faut s'assurer que ce contrat n'est pas administratif, auquel cas il serait incompétent. L'on pourrait croire que le juge judiciaire a pour mission de juger les personnes privées. Or ce n'est qu'en partie vrai, car des considérations matérielles peuvent se mêler aux considérations organiques : l'entreprise publique, malgré son origine publique, peut se voir appliquer les règles de l'AUSC et GIE et les règles de droit administratif par le juge judiciaire.

Au-delà de ces considérations, et à l'analyse, il se révèle que le droit des sociétés l'OHADA est un droit dualiste en ce qu'il est à la fois national et supranational. Aussi, faut-il le souligner, ce dualisme juridique s'est accompagné d'un dualisme juridictionnel, en ce sens qu'une cour supranationale a été créée à côté des juridictions nationales de cassation. L'on observe en matière du droit applicable à l'entreprise publique dans l'espace OHADA, que deux acteurs se partagent la scène juridique. Le premier se tient

⁽⁸³²⁾ *Supra* p. 265 et s.

⁽⁸³³⁾ D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit. p.57 et suiv. égal. Van LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1996.

sur le devant de la scène et semble ignorer le deuxième qui demeure dans l'ombre et que l'on pourrait qualifier de souffleur. Le premier c'est bien sûr l'AUSC et GIE maître chez lui et ne tolère l'intervention du deuxième, le droit administratif par exemple, qu'à condition que celui-ci ne le contredise pas. Cette dualité admise reflète l'évolution du droit administratif. Ce droit ne s'applique plus de manière uniforme. Là où la puissance publique demeure, le droit administratif continue de s'appliquer pleinement, là où elle se retire, et laisse la place « aux affaires », l'application du droit administratif n'est plus totale, mais combinée avec les règles qui proviennent d'ensembles normatifs différents⁽⁸³⁴⁾. Cette situation loin de placer le praticien du droit des sociétés dans une ambivalence, l'oriente plutôt au cas par cas, vers une application stratifiée des règles issues du droit de l'OHADA et celles édifiées par les législateurs nationaux en la matière tout en ayant à l'esprit que seul l'AUSC et GIE est le repère.

B. L'AUSC et GIE comme repère

Nul n'est point d'étaler ici le conflit des lois quant à leur application à l'entreprise publique. Ce dont l'on est convaincus, c'est que dans l'entreprise publique, les lois nationales et l'AUSC et GIE traitant de celle-ci conservent leur légitimité avec comme précision que les premières viennent à l'appui du second qui est le principal. L'AUSC et GIE constitue le socle des textes applicables à l'entreprise publique (1) et les lois nationales jouent un rôle subsidiaire (2).

1) L'AUSC et GIE, socle des textes applicables à l'entreprise publique

Il n'est pas exagéré d'affirmer qu'il ne peut être autrement que l'AUSC et GIE soit la pièce maîtresse des textes auxquels doit être soumise l'entreprise publique. Ceci est une évidence pour deux raisons : la première est liée à la supériorité affirmée par le législateur africain des dispositions de l'AUSC et GIE sur les législations nationales des Etats parties et partant, à la portée abrogatoire de l'article 10 du Traité OHADA⁽⁸³⁵⁾. La seconde tient au caractère d'ordre public de la plupart des dispositions de cet Acte uniforme. De la sorte, il laisse peu de place aux législations nationales.

En effet, le problème de l'applicabilité des lois anciennes ou des lois nouvelles de droit interne à l'entreprise publique est réglé par le choix donné au juge national. En effet, devant une affaire appelant à l'application des textes identiques, mais de sources différentes à l'entreprise publique (l'AUSC et GIE et les règles de droit administratif par exemple), le juge doit être amené à choisir entre le droit interne et l'AUSC et GIE. Dans ce cas, le juge enfreindra le principe de la supranationalité de ce dernier s'il choisit d'appliquer le droit interne en écartant le droit communautaire. Ceci étant, le droit national serait sans intérêt et le seul droit à prendre en compte dans l'entreprise publique est celui issu du Traité OHADA.

Le principe de la primauté des normes de l'ordre juridique OHADA posé par l'article 10 du Traité OHADA conforte l'idée que l'AUSC et GIE s'impose à l'entreprise publique.

⁽⁸³⁴⁾ N'Sinto H. A. T. LAWSON, *L'effectivité du droit à l'eau face au processus de libéralisation du secteur de l'eau en Afrique subsaharienne*, Thèse, Maastricht, 15 novembre 2012 P. 194.

⁽⁸³⁵⁾ Article 10, « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

A cet effet, d'abord, il ne peut pas être contesté, et ensuite il semble fixer lui-même sa propre place « prioritaire » par rapport aux seuls droits internes⁽⁸³⁶⁾. Finalement, tout laisse apparaître clairement que la subsistance des textes de droit interne n'a point de sens, puisque la CCJA⁽⁸³⁷⁾, également interprète l'article 10 du traité comme instituant une règle de supranationalité, et par voie de suite, en cas de coexistence du droit interne applicable à l'entreprise publique et l'AUSC et GIE, c'est ce dernier droit qui doit être appliqué.

En outre le caractère d'ordre public des dispositions de l'AUSC et GIE ne laisse aucune place aux textes de droit national. Il en résulte que les dispositions dudit Acte uniforme instituent ce que R. CHAPUS appellerait en droit administratif, une « prérogative de puissance communautaire »⁽⁸³⁸⁾ créant ainsi une obligation de ne pas faire à la charge de l'Etat actionnaire et de son entreprise. Cette impérativité qualifiée « d'obligatorité » par P.-Y MONJAL⁽⁸³⁹⁾, fait de l'AUSC et GIE non pas une simple référence, mais un repère ou, pour aller plus loin, une source de droit des sociétés commerciales. L'on s'aperçoit donc que la survie du droit interne dans son application à l'entreprise publique, n'a d'intérêt que lorsqu'il complète les quelques lacunes, qui ne sont pas pour le moins inexistantes, de l'AUSC et GIE.

2) La nécessaire subsidiarité des textes nationaux

Jusqu'où aller dans la reconnaissance de la primauté de l'AUSC et GIE ? Primant sur l'ordre juridique interne, prime-t-il aussi sur l'Etat ? Au travers de ces questions, se profilent les interrogations sur la souveraineté et la soumission totale de l'entreprise publique à l'Acte uniforme.

En effet, le caractère subsidiaire des textes nationaux par rapport à l'AUSC et GIE est désormais une évidence, puisque celui-ci se proclame, à travers son article 2, d'ordre public et donc supérieur à tout texte régissant les sociétés commerciales dans l'espace OHADA. L'on essaiera de démontrer le caractère subsidiaire des textes nationaux à travers la compétence juridictionnelle en cas de conflit impliquant l'entreprise publique et son actionnaire.

En effet, au-delà du fait que l'AUSC et GIE est supérieur, et à travers la compétence juridictionnelle en application de cet acte uniforme, apparaît le caractère subsidiaire des textes nationaux. La nécessité du fonctionnement de l'entreprise publique implique le maintien des textes nationaux répondant aux besoins de la pratique dans l'entreprise publique, tout en continuant à assurer la transparence nécessaire à l'Etat actionnaire⁽⁸⁴⁰⁾.

⁽⁸³⁶⁾ V. Paul-Gérard POUGOUE, *Doctrines OHADA et théorie juridique*, Revue semestrielle d'Etudes, de Législations et de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des affaires & en Droit Communautaire ; Novembre/Décembre 2001, Doctrine, p. 4.

⁽⁸³⁷⁾ CCJA, 30 avril 2001, op. cit p 160 et s.

⁽⁸³⁸⁾ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., 2001, p. 476. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit administratif*, Larose, 6^e éd. 1907, 915 p., p. 369 et s.

⁽⁸³⁹⁾ P.-Y MONJAL, *Les normes de droit communautaire*, Que sais-je ? P.U.F., 2000, 127 P., spéc. P. 26 et s.

⁽⁸⁴⁰⁾ V. Ph. BISSARA, *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, Rev. Sociétés, 1990, p. 553.

C'est à ce niveau que d'éventuelles implications de la coexistence des deux normes juridiques, l'un prioritaire et l'autre subsidiaire, font surface. Devant les tribunaux, aux premier et second degrés, aucun problème ne se pose. En revanche, en cassation, l'application de l'AUSC et GIE oppose les juridictions de cassation et le CCJA. Lorsqu'une affaire opposant l'entreprise publique et un tiers, par exemple, ne demande que l'application de l'AUSC et GIE, il n'y a, en principe aucune difficulté, l'affaire est de la compétence de la CCJA. De même, lorsque l'affaire ne demande pas l'application de l'AUSC et GIE, l'affaire doit être de la compétence de la juridiction de cassation de l'Etat partie concerné. La difficulté ne se pose que si l'affaire demande aussi bien l'application du droit communautaire que celle de la législation nationale. Ce type de conflit ne constitue pas pourtant, un frein à l'application, ne serait-ce que de façon subsidiaire, de la législation nationale. La solution peut résulter d'une simple interprétation des articles 14 et 15 du Traité OHADA⁽⁸⁴¹⁾.

Le premier limite la compétence de la CCJA à l'application du droit communautaire, alors que le second lui reconnaît compétence pour connaître d'une affaire soulevant des questions de droit interne dès lors que l'affaire soulève également des questions des dispositions de l'AUSC et GIE.

Bien sûr que cette dernière solution est inconcevable, car il n'est pas logique de retirer de la compétence de la juridiction nationale toute affaire qui comporte une question, fut-elle bénigne, relevant de l'application de l'AUSC et GIE. C'est d'ailleurs cette interprétation qu'en a faite la cour suprême du Niger pour se déclarer compétente pour connaître d'une affaire soulevant des questions de droit interne à côté des questions de l'AUSC et GIE⁽⁸⁴²⁾. Dans cette affaire, le juge nigérien a appliqué le droit interne, pas parce que l'AUSC et GIE ne traite pas du domaine, mais parce qu'il avait un choix entre l'Acte uniforme et le droit interne ; il a agi par préférence. Malgré donc, la supériorité de l'AUSC et GIE par rapport au droit interne, il aura souvent besoin de l'ordre interne soit pour se substituer à lui, soit pour le compléter.

Il s'établit nécessairement entre l'AUSC et GIE et le droit interne touchant à l'entreprise publique un rapport de complémentarité. D'abord, pour leur application à l'entreprise publique, leur champ matériel est le droit des affaires ; par rapport à l'AUSC et GIE, le droit interne apparaît comme un droit spécial, alors que celui issu du Traité OHADA est le droit commun. Dès lors, l'application du droit interne est subordonnée au respect des dispositions de l'Acte uniforme. Il se révèle à ce niveau que la question de la complémentarité mette en exergue l'importance d'une concertation à entretenir entre l'Acte uniforme et le droit interne⁽⁸⁴³⁾. Ensuite, parfois l'AUSC et GIE renvoie

⁽⁸⁴¹⁾ L'article 14 précise que la CCJA est compétente pour l'application du Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes. Quant à l'article 15, il prévoit que « Les pourvois en cassation prévus à l'article 14 sont portés devant la CCJA, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes ».

⁽⁸⁴²⁾ Cour suprême du Niger par arrêt numéro 01-158/C du 16/8/01, *Snar Leyma c/ Groupe Hima Souley* : *Juriscopes.org*, V. article 516, alinéa 2-2 ; cit. par Mayatta Ndiaye MBAYE, *Droit communautaire et droit national dans l'espace OHADA*.

⁽⁸⁴³⁾ En cas d'incompréhension, la seule voie prévue est la consultation conformément à l'article 14 du Traité OHADA qui privilégie la consultation de la CCJA.

explicitement à l'ordre juridique interne. A ce niveau, l'on voit que la complémentarité est faite sur invitation de l'AUSC et GIE lui-même et par conséquent, aucune concertation n'est nécessaire.

L'on observe en définitive que restant dans la logique moniste des Etats parties OHADA, l'AUSC et GIE fait partie intégrante de l'ordre juridique applicable à l'entreprise publique. Mais tout en étant ainsi, il conserve sa nature propre et son autonomie comme norme de l'ordre juridique par rapport aux législations nationales relevant du droit des sociétés commerciales ou du droit administratif susceptible de s'appliquer avec lui à l'entreprise publique. Ces législations nationales, loin d'entrer en concurrence avec le texte communautaire, doivent avoir comme vocation de compléter celui-ci sous la surveillance de l'Etat actionnaire, de tout intéressé et de la CCJA.

En dernier ressort, l'on s'aperçoit que les Etats parties OHADA font partie de l'Afrique des Codes napoléoniens. Il en résulte ainsi particulièrement en droit des sociétés commerciales, une communauté de matrice conceptrice ou de moule entre les droits nationaux des sociétés commerciales et l'AUSC et GIE. L'on dira même qu'il n'y a pas une différence fondamentale entre le droit national et le droit du système OHADA régissant les sociétés commerciales. Les deux ordres juridiques convergent, si bien que l'on est porté à qualifier l'AUSC et GIE d'empilement de textes nationaux des Etats parties. Mais, il faut reconnaître que celui-ci est techniquement avancé par rapport aux législations nationales en matière de sociétés commerciales. D'où la nécessité pour les législations nationales éparses s'appliquant à l'entreprise publique, de s'agripper sur l'AUSC et GIE, tantôt pour des raisons d'adaptation aux besoins pratiques de l'entreprise publique, tantôt pour des raisons de complément de l'Acte uniforme. Certes, l'on est conscient que cet agrippement autour de l'Acte uniforme crée des disparités entre les droits des Etats parties d'une part, et d'autre part, entre les règles applicables aux sociétés privées et à l'entreprise publique engendrant du coup, des mutations profondes qui peuvent être susceptibles de bouleverser le paysage juridique OHADA que l'on croit stable pour longtemps. Mais, c'est le seul prix à payer pour que l'entreprise publique puisse évoluer en harmonie avec l'évolution et la mondialisation de l'économie de marché et la satisfaction de l'intérêt général défendue par l'Etat actionnaire. D'ailleurs, l'admission des conventions extrastatutaire par l'AUSC et GIE révisé, renforce l'utilisation de la technique contractuelle par l'Etat actionnaire afin de répondre à ses besoins d'adapter le droit des sociétés OHADA. Comme en France⁽⁸⁴⁴⁾, cette ouverture, va sans doute, gagner le soutien de la doctrine et de la jurisprudence africaine.

⁽⁸⁴⁴⁾ D. MARTIN et L. FAUGEROLAS, « Les pactes d'actionnaires », JCP, éd. G., 1989, I. 3412, G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », Rev. Sociétés, 1991, p. 1, S. PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, Litec, 1992.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La notion d'entreprise publique porte en son sein les difficultés quant au droit qui doit lui être appliqué. Son origine « publique » laisse perplexe le juriste qui voudrait la soumettre purement et simplement aux règles de l'AUSC et GIE. Dans la pratique, l'on s'aperçoit que cette perplexité s'est accentuée par la dérogation accordée par le législateur africain aux entreprises ayant un régime particulier ; car la frontière entre l'entreprise publique de droit commun OHADA et celle soumise à un régime particulier n'est pas clairement définie. Cette imprécision engendre une profusion d'interprétations parfois divergentes dans la pratique⁽⁸⁴⁵⁾. Ceci soulève la question de l'intérêt de l'article 916 ayant pour but de poser une exception éclairée en évoquant les entreprises soumises à un régime particulier.

L'on s'aperçoit également que l'entreprise publique elle-même, au regard de ses critères constitutifs et ses principaux attributs⁽⁸⁴⁶⁾, se trouve au centre d'une confusion pour ce qui est du droit auquel elle doit être soumise. Certes, il est tentant de banaliser le problème en s'enfermant dans l'article 1^{er} de l'AUSC et GIE, en faisant observer que l'entreprise publique, quelle que soit l'origine des capitaux ayant servi à sa constitution, est soumise audit Acte uniforme. Mais, le droit interne des Etats parties s'affiche parfois en concurrent ou en complément du droit communautaire. Heureusement que cette concurrence prévisible, à nos yeux, n'a pas échappé au législateur africain qui a tenté d'assouplir les règles d'essence d'ordre public de l'AUSC et GIE en admettant, par nécessité, que certaines règles du droit interne puissent s'appliquer à l'entreprise commerciale, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à celles de l'Acte uniforme. Cette ouverture permet, sans nul doute, à l'Etat actionnaire d'organiser et d'administrer son entreprise en appliquant les règles qui lui sont propres et non contraires à celles du droit communautaire. Ainsi, appartient-il à l'Etat actionnaire, dans son élan conservateur, d'aménager par des textes réglementaires séparés ou dans les statuts ou hors des statuts⁽⁸⁴⁷⁾, la structure de fonctionnement de son entreprise afin de l'adapter à ses besoins tout en ayant à l'esprit que l'AUSC et GIE reste la pièce maîtresse de l'arsenal juridique applicable à l'entreprise publique.

⁽⁸⁴⁵⁾ P-G POUGOUE, *Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA*, *Juridis périodique* n° 65, 2006, pp 99 et suiv. ; J. ISSA-SAYEGH, *La portée abrogatoire des Actes Uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats parties*, *ohadata D-02-14*, P. 10 et suiv. voir égal. P-G POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *le droit des sociétés commerciales et du GIE*, ss art. 916.

⁽⁸⁴⁶⁾ Voir, *supra* p. 79.

⁽⁸⁴⁷⁾ L'article 2-1 de l'AUSC et GIE révisé et adopté le 30 janvier 2014 prévoit les conventions extrastatutaires.

CONCLUSION GENERALE

Ce sujet n'aurait aucun intérêt si l'actionnaire n'était pas l'Etat ; d'ailleurs, l'entreprise dont il s'est agi dans la présente étude n'aurait pas été publique. Si l'application des dispositions de l'AUSC et GIE rencontrent des difficultés, c'est donc justement parce que l'Etat, ce sujet de droit à la fois « vénéré » et « abhorré »⁽¹⁾ est l'épicentre de la vie de l'entreprise publique. Prêt à sacrifier ses sujets lorsque ses intérêts sont en jeu, il ne peut pas être non plus la providence de l'entreprise publique à laquelle il faut vouer une liberté aveugle. C'est pourquoi l'imposition à l'entreprise publique de l'AUSC et GIE semble se justifier. En réalité, le problème de l'application de l'AUSC et GIE à l'entreprise publique résulte, tout au moins en partie, des multiples visages de l'Etat vis-à-vis de l'entreprise publique : Etat actionnaire, Etat client, Etat régulateur et Etat fournisseur de service public. Dans cet esprit, une confusion ne peut que s'installer quant aux règles de droit auxquelles doit être soumise l'entreprise publique. Au demeurant, elle se trouve écartelée entre le public et le privé. Or, à la lumière des remarques faites tout au long de la présente étude, les différences entre le public et le privé concernent, en particulier, le cadre légal.

La recherche d'un droit applicable à la fois à l'entreprise publique et à la société privée succombe à la tentation d'une conception unitaire du droit des sociétés voulue par le législateur africain, lequel opère une fusion de deux catégories de sociétés qui, même si elles ont épousé une forme déclarée commerciale, sont opposées par le lien de filiation originel entre elles et leurs actionnaires: La société privée de son côté ayant pour actionnaires les personnes physiques ou morales de droit privé et l'entreprise publique ayant elle, pour actionnaire une personne morale de droit public.

L'on constate qu'avec l'AUSC et GIE, l'entreprise publique n'est plus un refuge pour l'Etat, du moins en droit, où tout lui est permis. Désormais l'AUSC et GIE y veille. La notion civiliste de l'Etat actionnaire propriétaire est dépassée ; l'Etat le « grand » propriétaire⁽²⁾ est devenu « petit »⁽³⁾ du moment où l'entreprise publique est commerciale et que l'AUSC et GIE est mis en marche. La conséquence logique est que l'entreprise publique

se détache de son actionnaire en se vidant ainsi de sa quintessence originelle du fait de l'éviction des prérogatives de puissance publique dans son fonctionnement. Pourtant, dans l'entreprise publique, l'on ne doit pas considérer l'Etat comme un « organe parasitaire »⁽⁴⁾ que l'on pourrait choisir de supprimer. Le rôle d'intérêt général social et économique que joue l'entreprise publique fait que l'Etat actionnaire doit être omniprésent dans la gestion de cette dernière. Ce qui justifie que l'Etat résiste, avec sa cohorte de lois nationales à la réception de l'AUSC et GIE trop rigide pour lui être appliqué. Il veut rester maître de son entreprise en lui appliquant les règles de droit qui lui sont propres et qui sont le plus souvent, impératives. L'application de ces règles impératives permettra à l'Etat de mettre en œuvre sa stratégie de contrôle de l'entreprise

⁽¹⁾ *L'Etat, textes choisis & présentés par Atila ÖZER, p.9*

⁽²⁾ *Y. GUYON, op cit. p. 372.*

⁽³⁾ *Catherine MALECKI, op. cit. p. 372.*

⁽⁴⁾ *V. MILL, Le problème de l'intervention de l'Etat, cité par Atila ÖZER, L'Etat, Textes choisis.*

publique ; ainsi l'Etat-producteur pourrait-il faire appel à son complément : l'Etat-protecteur⁽⁵⁾. Dans l'exercice de cette dernière fonction, l'entreprise publique est soumise aux règles du droit administratif par l'Etat, qu'elle ressent, par rapport à l'AUSC et GIE, comme venant de l'extérieur.

Dans tous les cas, le tracé d'une frontière entre les sociétés à capitaux privés et l'entreprise publique à capitaux publics, est contesté par le législateur de l'OHADA, eu égard à la proximité de leur forme juridique. Néanmoins, force est de constater que cette contestation ne tend pas à l'absolu, mais seulement à une détermination d'un meilleur régime à appliquer à ces deux catégories de sociétés « distinctes les unes des autres par des nuances parfois imperceptibles »⁽⁶⁾. Autrement dit, l'application stricte des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE est tempérée par moment par le législateur de l'OHADA lui-même⁽⁷⁾. L'on s'aperçoit que l'ordre public des dispositions de l'AUSC et GIE, tout comme celui du droit administratif, engendre des effets néfastes sur, entre autres, la marge de manœuvre de l'Etat actionnaire dans la gestion de son entreprise ; car quel que soit son degré de complétude, l'Acte uniforme n'a pas tout prévu, surtout sur les spécificités de l'Etat actionnaire et de son entreprise publique. Ceci justifie que l'on milite en faveur d'une application aménagée des droits nationaux et l'AUSC et GIE à l'entreprise publique sans que ce dernier ne mette en péril la légitimité de l'Etat actionnaire et son rôle dans l'entreprise publique, ou encore, sans que son application ne mène à une banalisation des prérogatives de l'Etat.

L'on assiste à un quasi-dualisme quant au droit applicable à l'entreprise publique. Ayant un effet direct et immédiat, et en l'absence d'écran national (textes de droit administratif par exemple), l'AUSC et GIE fait partie de la légalité interne applicable à l'entreprise publique dont le juge judiciaire et le CCJA assurent le respect. Par contre, en présence des textes nationaux traitant de la même matière, le choix en faveur de ces derniers doit s'imposer par souci de respect de la particularité de l'entreprise publique que le législateur africain a semblé oublier. Mais, que l'on tienne compte de la primauté de l'AUSC et GIE pour qu'en cas de conflits entre les deux ordres juridiques, quant à leur application à l'entreprise publique, que ce soit le droit communautaire qui soit l'« éclaircisseur ». Ainsi, les actes de l'Etat actionnaire pourront-ils être rigoureusement subordonnés aux dispositions de l'AUSC et GIE. Le législateur national doit à cet effet, s'abstenir de toute mesure pouvant mettre en péril l'application de l'Acte uniforme à l'entreprise publique. Par rapport à elle, et en interne à un Etat partie, ceci signifie que l'harmonisation doit s'entendre comme un simple rapprochement entre les systèmes juridiques nationaux et le système juridique communautaire. La création des règles identiques applicables à la fois à l'entreprise publique et aux sociétés commerciales, telles celles contenues dans l'AUSC et GIE, est une utopie. Dès lors, l'AUSC et GIE, ne doit être considéré que comme un corps de règles reposant simplement sur un socle commun : celui du droit des sociétés commerciales ; ce qui laisse une place aux différences ou aux nuances entre les règles applicables dans les différents Etats parties

⁽⁵⁾ BUCHANAN, *Etat-protecteur et Etat producteur* tiré de « Les limites de la liberté », trad. G. MILLIERE et P. LEMIEUX, Litec, 1992, p. 80-81, 117-120.

⁽⁶⁾ Léon MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. 2 LGDJ, 1909, Appendice, p. 501.

⁽⁷⁾ Voir article 21 de l'AUSC et GIE par exemple.

d'une part et aux sociétés commerciales privées et publiques d'un même Etat partie d'autre part. Aussi, un certain nombre de facteurs plutôt politiques qu'économiques révèlent une particularité de l'entreprise publique dont les intérêts, ou tout au moins les préoccupations immédiates, de l'actionnaire sont souvent divergents et distincts de ceux poursuivis dans les sociétés privées⁽⁸⁾. Dès lors, une application des droits nationaux et de l'AUSC et GIE permet à chaque Etat et à chaque catégorie d'opérateurs économiques de répondre aux mieux aux intérêts particuliers.

En somme, le règne de l'AUSC et GIE, n'est pas sans partage. La possibilité de coexistence et de cohabitation entre l'AUSC et GIE et des lois nationales régissant l'entreprise publique est une réalité qui s'impose par nécessité pour l'Etat actionnaire. Si le principe veut que l'entreprise publique soit soumise à l'empire de l'AUSC et GIE, il reste qu'elle puisse continuer de bénéficier des certaines règles de droit national qui sont propres à l'Etat. Ce qui signifie également que l'Etat actionnaire peut continuer à légiférer dans les matières comme le droit des sociétés commerciales, bien que celui-ci soit déjà fait l'objet d'une harmonisation. Ceci est possible par renvois express ou implicites par l'Acte uniforme au droit interne dans certaines matières comme le droit administratif ou par l'admission de la possibilité pour les Etats parties de soumettre l'entreprise publique à des règles particulières issues du droit administratif⁽⁹⁾. Au-delà de l'avantage que le possible renvoi par l'AUSC et GIE au droit interne procurerait à l'entreprise publique et à son actionnaire, à savoir leur soumission à leur droit naturel, l'on peut relever à travers ce renvoi, la complémentarité droit des sociétés commerciales et droit administratif avec l'extension considérable du champ d'application du droit des affaires qui intègre désormais des matières relevant traditionnellement du droit administratif, ou encore l'émergence d'un droit public économique en Afrique rendant plus « complexe »⁽¹⁰⁾ le droit applicable à l'entreprise publique. Aussi faut-il souligner que l'introduction par l'article 2-1 de l'AUSC et GIE révisé de la possibilité des conventions extrastatutaires renforce davantage l'idée que les textes nationaux non contraires aux dispositions de l'AUSC et GIE peuvent déroger à celles-ci dans le cas où une substitution ou

un complément est autorisé⁽¹¹⁾. En outre, en admettant la validité des actes extrastatutaire, l'on s'aperçoit que le législateur africain a pris conscience du besoin de flexibilité en droit des sociétés et a aménagé un espace de liberté contractuelle. Mais, également, que

⁽⁸⁾ Caroline LEROY, *Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire*, Thèse, 14 juin 2010 Univ. Paris-Est Créteil Val de Marne (Paris XII).

⁽⁹⁾ si la possibilité d'inclure des dispositions d'incrimination pénale est donnée aux Etats parties par l'article 5 du *Traité OHADA*, rien ne s'oppose que ce même *Traité* prévoit que l'Etat actionnaire jouisse d'un super privilège, tel l'exercice de prérogatives de puissance publique dans la gestion de l'entreprise publique.

⁽¹⁰⁾ Thibaut DUVILLIER, *Crise de société et crise du droit. Des mutations sociétales au développement de l'espace public*, in *nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines* de Pascale VINCENT avec la collaboration de Olivier LONGIN, p 93 et suiv. éd. Charles Léopold MAYER, CIEDEL 2001.

⁽¹¹⁾ Article 2-1 de l'AUS révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE adopté à Ouagadougou (BURKINA FASO) le 30 janvier 2014, publié au JO N° spécial de l'OHADA le 4 février 2014 et Christophe ECK, Juilien DAVID, Simon AUQUIER et François KROTOFF, *Révision de l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Général, Droit des sociétés, Afrique*, GIDE Coyrette Nouel, 14 mai 2014, P. 5.

l'on ne se fasse pas d'illusion, le problème du pluralisme des sources juridiques⁽¹²⁾ que la doctrine scandinave appelle le « polycentrisme » ou la « polycentricité »⁽¹³⁾, pointe dans le débat juridique africain quand il s'agit du droit applicable à l'entreprise publique.

⁽¹²⁾ *le pluralisme juridique comporte le pluralisme des sources juridiques, des ordres juridiques et des systèmes juridiques.* V. Hans-Wolfgang MICKLITZ, *Pourquoi une édition spéciale relative aux théories du droit transnational ?*, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2013 ; P 17.

⁽¹³⁾ H. ZAHLE, « *The polycentricity of the law or the importance of legal pluralism for legal dogmatics* » in H. PETERSEN and H. ZAHLE, *Legal polycentricity: consequences of pluralism in law*, Aldershot, Ashgate, 1995, pp. 185-200.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

A. Droit français

1. Traité et manuels

Albouy (M.) : Peut-on réconcilier les dirigeants d'entreprise et les marchés financiers ?, Revue Française de Gestion, n°111, Novembre-Décembre 1996, p.94-101.

Auby (J.M.) et Ducos-Ader (R.), Grands services publics et entreprises nationales. Tome I. PUF, Paris, 1969, P. 419.

Auby (J.M.) Drago (R.), Traité de contentieux administratif. Tome I, L.G.D.J. Paris, 1984, P. 1006.

Auque (F.), *Les baux commerciaux, théorie et pratique*, LGDJ, 1986.

Aussedat (J) et Chambaz (A.), *Techniques des sociétés commerciales*, 2 tomes, éd. Litec. Droit. Coll. Pratique notariale.

Blaise (JB), *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 2è éd. LGDJ. 2000.

Bussy (J.), Droit des affaires, éditions Sciences-po et Dalloz, 1998.

Chaput (Y.), Droit des Affaires, éd, PUF, 1993.

charreaux (Gérard), « Quelle théorie pour la gouvernance? De la gouvernance actionnariale à la gouvernance cognitive », cahier du FARGO N° 1040101, version révisée en 2004 ; ou « Le gouvernement des entreprises » dans J. Allouche (Coord.), Encyclopédie des ressources humaines, economica.

charreaux (Gérard), La théorie positive de l'agence : lecture et relectures, septembre 1998.

charreaux (Gérard) « Pour une véritable théorie de la latitude managériale et du gouvernement des entreprises », Rev. Française de gestion, nov-déc. 1996.

Chartier (Y.), Droit des Affaires, éd. PUF, collection Thémis Droit, t. I, l'Entreprise commerciale, 3è éd., 1993 et t. II : Sociétés commerciales, 3è éd. 1992.

Couret (A) et Barbieri (J.J.), Droit commercial, 3è éd. Sirey, 1996. Coll ; notions essentielles.

Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (FI.), Droit des sociétés, Litec, 14è éd. 2001.

De Juglart (M.) et Ippolito (B.),

- Traité de droit commercial, tome I, 4è éd., par Du Pontavice (E.) et Dupichot (J.), Montchrestien 1988.

- Traité de Droit commercial, 2è vol. : Les sociétés, 3è éd. par Du Pontavice (E.) et Dupichot (J.), Montchrestien, 1982.

Derruppé (J.), Maus (R.), Brière de L'Isle (G.) et Lafarge (P.), Baux commerciaux, Dalloz, 1979.

Didier (P.), Droit commercial, éd. PUF, 4 tomes, 1999.

Guyon (Y.),

- Traité des contrats, Les sociétés : aménagements statutaires et convention entre associés, 4è éd. LGDJ, 1999.

- Droit des affaires, Economica, tome I, Droit commercial général et des sociétés, 11è éd., 2001, tome II, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillites, 8è éd. 2001.

Hamel (J.), Lagarde (G.) et Jauffret (A.), Droit commercial, t. I, éd. Dalloz, vol.1 2è éd. 1980 et vol 2, Sociétés, Groupements d'Intérêt Economique, Entreprises publiques, 2è éd. 1980.

Hémard (J.), Terré (F.), et Mabillat (P.), Sociétés commerciales, éd. Dalloz. t. I : Introduction, Généralités, Sociétés de personnes, Sociétés à responsabilité limitée, Sociétés anonymes, 1972.

Jeantin (M.), Droit des sociétés, Montchrestien, 3è éd.1994, collection Domat, Droit privé.

LESAGE (M.), Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice : contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs, Paris, LGDJ, 1960, 338 p.

- Levi (A.), Garbit (P.), Azema (I.), Martin (J.-F.) et Valens (J.-L.).** Lamy Sociétés commerciales, éd. 2001, par Mestre (J.), Velardocchio (Dà et Blanchard-Sébastien(C.)).
- Juglart (M. de), IPPOLITO (B.), Pontavice (E. du), Dupichont (J.),** Traité de droit commercial, 2è vol. les sociétés, 3è éd. 1^{ère} partie, Monchrestien, Paris, 1981, P. 843.
- Le Cannu (P.),** Droit des sociétés, éd. Montchrestien, coll. Précis Domat, 2002.
- Legeais (D.),** Droit commercial et des affaires, 13è éd. Armand Colin, 2000.
- MAMONTOFF (C.),** Domaine public et droit privé, la domanialité publique mise en péril par le marché, l'Harmattan, 2003, 504 p.
- Mercadal (B.) et Macqueron (P.),** Droit des affaires, éd. Francis Lefebvre, 2000.
- Merle (Ph.),** Droit commercial, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 8è éd. 2001.
- Pédamon (M.),** Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce, Précis Dalloz, 2è éd. 2000.
- Reinhard (Ph.),** Droit commercial, Actes de commerce, comme »rçant, Fonds de commerce, 5^e éd. LITEC, 1998.
- Ripert (G) et Roblot (R.),** Traité de droit commercial, tome I, 17è éd., par Germain et Vogel, LGDJ, 1998. **Rivero (J.),** Existe-t-il un critère du droit administratif ? RD publ., 1953. 279.
- Saintourens (B.),** Droit des affaires, éd. PUG, 1997, Coll. Le droit en plus.
- Viandier (A.) et Vallansan (J.),** Actes de commerce, Commerçants, Activité commerciale, 2è éd. PUF, 1992.
- Vidal (D.),** Droit des sociétés, 3è éd., LGDJ, 2001.

2. Ouvrages thématiques

2.1 Ouvrages du Droit Administratif

- Bockel (A.),** Droit administratif, N.E.A., Dakar – Abidjan, 1978.
- Chapus (R.),** droit administratif général, Tome I et Tome II, 15è éd., Monchestien, 2001.
- Chenot (B.),** L'organisation économique de l'Etat, Dalloz, 1965, p. 303.
- Cherot (J -Y),** Droit public économique, Economica, 2è Ed. p. 495.
- Chevalier (J.),** le service public, coll. Que sais-je ? PUF, Paris, 1987, P. 88.
- Chevalier (A.), Hirsch (G.),** méthode quantitative pour le management, entreprise moderne d'édition, Paris, 1980, P. 174.
- Chorin (J.),** les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé, A.J.D.A., 20 mai 2000, p. 382.
- Conac (G.),** les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire, Economica, Paris, 1979.
- Conac (G.),** les grands services publics dans les Etats francophones d'Afrique noire, Economica, Paris, 1984, P. 410.
- Escarmelle (J.F.) Et Melis (P.),** Essai de définition du concept de l'entreprise publique, Rev. Intern. De Science Administrative, Vol. XLVII, n° 4, 1981, p. 365 et suiv.
- Debbasch (C.),** Sciences administratives, 4è éd. Dalloz, Paris, 1990, 811 P.
- Debbasch (C.) et Colin (F.),** Droit administratif, 9^{ème} éd. Ecomica, 2010 706 p.
- Delion (A.),** la notion d'entreprise publique, A.J.D.A. Avril 1979, P. 3.
- Deroche (H.),** les mythes administratifs, PUF, Paris, 1966, P. 310.
- Dubois (J.P.),** le contrôle administratif sur les établissements publics, L.G.D.J. Paris, 1982, P. 521.
- Dufau (J.),** les entreprises publics, éd. Dumoniteur, Paris, 1973.

- Dupuis (G.) & Guedon (M.-J.)**, institutions administratives, droit administratif, 2è éd. Armand Colin, Paris, 1988, P. 517.
- Durupt (M.)**, les entreprises publiques, Tome I. rôle économique, cadre juridique, PUF, Paris, 1986, P. 407.
- Durupt (M.)**, les entreprises publiques, analyse comparative, cours I.I.A.P. Paris, 1982.
- Durupt (M.)**, les relations entre l'Etat et les entreprises publiques en Europe occidentale, R.F.A.P. n° 32, oct. – déc, 1984 P. 92 & s.
- Fouletier (M.)** L'équité et le droit administratif, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 2, 2002.
- Gautron (J.-C.), Baville (R.)**, droit public du Sénégal, NEA, Abidjan-Dakar.
- Guettier (C.)**, Droit des contrats administratifs, Thémis Droit, PUF, 2001, 640 p.
- Godfrin (P.)**, droit administratif des biens, Masson, Paris, 1978, P. 252.
- Jeanneau (B.)**, droit des services publics et entreprises nationales, Dalloz, Paris, 1984, P. 750.
- Jacque (J. P.)**, Droit constitutionnel et institutions politiques, mémentos, 5è Ed. pp. 7 et 8.
- Lachaume (J-F)**, Droit Administratif, 13è édition entièrement mis à jour, PUF, Thémis, les grandes décisions de la jurisprudence, 2002, p. 521.
- Laleye (M.)**, les entreprises publiques au Nigeria, R.F.A.P. N° 32, Oct. Déc. 1984, P. 51.
- Laubadère (A. de), Devolve (P.)**, droit public économique, 5è éd. Dalloz, Paris, 1986, P. 896.
- Laubadère (A. de), Venezia (J. C.), Gaudemet (Y.)**, manuel de droit administratif, 13è & d. L.G.D.J. paris, 1988, P 414.
- Lasserre (B.)**, l'entreprise publique du monopole à la concurrence, RFD adm. 1196, p. 338.
- Linotte (D.) & Romi (R.)**, Services Publics et Droit Public Economique. 5ème Ed. LITEC, P. 248.
- Lombard (M.) & Dumont (G.)**, Droit Administratif, 5ème édition, P 4, Dalloz
- Luchaire (F.)**, le statut des entreprises publiques : Dr. Soc. 1957.
- Moulié (R.)**, l'imposition des personnes publiques, LGDJ, 1972.
- nicinski (S.)**, Droit public des affaires, Montchrestien, 2ème éd. 2010, 720 p.
- Rivero (J.) Et Waline (J.)**, Droit Administratif, 20è éd., Dalloz, p 163.
- Vedel (G.), Devolve (P.)** droit administratif, 8è éd. PUF, Paris, 1982, P. 1163.
- Weber (Y.)**, Personnes publiques et fiscalité : AJDA, 1970, p. 324.

2.2 Ouvrage du Droit Privé.

- Barthélémy et alii**, Droit des groupes de sociétés, éd. Dalloz, 1991.
- Champaud (C.)**,
- Le droit des affaires, PUF, coll. « Que sais-je » n° 1978.
 - Le pouvoir de concentration de la société par actions, éd. Sirey, 1962.
- Chaveriat (A.) et Couret (A.)**, Sociétés par actions simplifiée, nouveau régime, Dossier pratique Francis Lefebvre, 2001.
- Colloques internationaux du CNRS**, L'unification interne du droit privé, éd. CNRS, 1954.
- Courtieu (G.)**, l'entreprise, société féodale, Seuil, Paris, 1975, 201 P.
- Daigre (J-J.)** (Sous la direction de), La modernisation du droit des sociétés, premières réflexions sur le Rapport Marini, Actes du colloque organisé par la fondation nationale du droit de l'entreprise le 13 novembre 1996, Joly Editions, 1997.
- Derrupé (J.)**, Les baux commerciaux, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2è éd. 1996.
- Despax M.)**, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957.
- Didier (P.)**, Les sociétés commerciales, 5è éd. PUF, coll. « Que sais-je ? ». Paris, 1984.
- Dondero (B.)**, Réflexion sur les mécanismes d'autorisations des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes (suite et fin), D. 2004, n° 7, p. 489.
- Farjat (G.)**, Droit économique, PUF, Thémis, 2è éd. 1982.

- Gaillard**, La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, 2è éd. 1933.
- Guyon (Y.)**, droit des affaires, Tome I. droit commercial général et sociétés, 5è éd. Economica, Paris, 1988, P. 901.
- Hannoun (Ch.)**, Le droit des groupes de sociétés, LGDJ, 1991.
- Hauriou (M.)**, Théorie de l'institution, 1935.
- Hermard (J.), Terre (F.) Mabilat (P.)**, sociétés commerciales Tome I, Dalloz, Paris, 1972, P. 1011.
- Hermard (J.), Terre (F.) Mabilat (P.)**, sociétés commerciales, Tome II, Dalloz, Paris, 1974, P. 1090.
- Houin (R.), Rodière (R.) Legeais (D.)**, droit commercial, Tome I, 8è éd. Sirey, Paris, 1988, P. 300.
- Le Cannu (P.)**, La société anonyme à directoire, LGDJ, 1979, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXLI.
- Le Cannu (P.)**, la nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme, Bull. Joly, Paris, 1989, P. 479.
- Lescuyer (M.)**, la responsabilité civile des dirigeants d'entreprises publiques, R.D.P, 1974, 975 P.
- Le Floch (P.)**, Le fonds de commerce : essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, LGDJ, 1986.
- Marini (Ph.)**, La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996, collection des rapports officiels.
- Michoud (L.)**, la théorie de la personnalité morale et son application en droit français, t. 2 LGDJ, 1909, Appendice, 501 p.
- Monsalier (M.C.)**, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, Paris, 1997.
- Opetit (B.) et Sayag (A.)**, Les structures juridiques de l'entreprise, éd. Librairies techniques, 1976.
- Paillusseau (J.), Petiteau (G.)**, les difficultés des entreprises publiques, prévention et règlement amiable, Armand Colin, Coll. U. Paris, 1985, P. 265.
- Ripert (G.)**, Aspects juridiques du capitalisme, L.G.D.J., 2° éd. 1951.
- Saintourens (B.)**, L'Entreprise en S.A.R.L, éd. DALLOZ, 1994.
- Sayag (A.) et Hilaire (J.)**, Quel droit des affaires pour demain, Litec 1984.
- Schmidt (D.)**, Les conflits d'intérêt dans la S.A. éd. Joly, 1999
- Sudreau (P.)**, Rapport sur la réforme de l'entreprise, éd. 10, 18, 1975.
- Temple (H.)**, Les sociétés de fait, LGDJ, 1975 ? Coll ; Bibliothèque de droit privé, t. CXLI.
- Viandier (A.)**, La notion d'associé, LGDJ, 1978, Bibliothèque de droit privé, t. CLVI
- Viandier (A.)** (Sous la direction de), la société en commandite entre son passé et son avenir, étude du CREDA, Librairies techniques, 1983.

B. DROIT DES PAYS D'AFRIQUE

1. Généralités

- Apeter (D. E.)** Pour l'Etat, contre l'Etat. Economica, Paris ; 1982, P. 422.
- Darbon (D.) et Dubois de Gaudusson (J.)**, La création du droit en Afrique, éd. Karthala, 1997.
- Gaudusson (J.)**, l'Etat et les entreprises publiques en Afrique noire, R.F.A.P. N° 32. Oct. – Déc. 1984, P. 30 & s.
- Gonidec (P.-F.)**, Les droits africains, tome I, évolution et sources, d. LGDJ, 1964.
- Mill**, Le problème de l'intervention de l'Etat.

Schaeffer (E.), Droit économique en Afrique noire francophone : dynamisme et finalités du droit africain, Economica, 1980.

2. Droit commercial et des sociétés avant l'OHADA

Equipe HSD, Droit commercial des sociétés en Afrique, EDICEF/AUPELF, 1989

Meissonnier (G.), Droit des sociétés en Afrique, LGDJ, 1978

Ngomo (A.F.), Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun, éd PUA, Yaoundé, 1996.

Tosi (J.P.), Le droit des obligations au Sénégal, L.G.D.J., 1981, coll. Bibliothèque africaine et malgache.

3. Droit OHADA

Akam Akam (A.), Les mutations juridiques dans le système OHADA, éd. Harmatan, Cameroun, Nov. 2009.

Anoukaha (F.), Le droit des sûretés dans l'Acte Uniforme OHADA, éd. P.U.A., 1998.

Anoukaha (F.) et Tjouen (A.D.), Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA, éd. P.U.A., 1999.

Ernst & young International, O.H.D.A. Droit des sociétés commerciales et du GIE : commentaires, EDICEF/éditions FFA, 1999.

Fénéon (A.) et Gomez (J.R.), Droit commercial général, commentaires éd. EDICEF/Editions FFA, 1999.

KONE (M.), Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français, LGDJ, 2003, n° 323, p. 204.

Meyer (P.), OHADA, Droit de l'arbitrage éd. Juriscope, 2002, coll. droit uniforme africain.

Ndoye (D.), La nouvelle cour de cassation des pays de l'OHADA, éd. EDJA, 1998, coll. Droit communautaire africain.

Nguebou (J.), Le droit commercial général dans l'Acte Uniforme OHADA, éd. PUA, Yaoundé, 1998.

Monique-Aimée NJANDEU, La protection de la société commerciale en droit OHADA, IN Les mutations juridiques dans le système OHADA, éd. Harmatan, Cameroun, Nov. 2009.

Ouvrage collectif coordonné par Issa-Sayed (J.), OHADA , Sureté, Bruylant, Juriscope, 2002, coll. Droit uniforme africain.

Ouvrage collectif coordonné par Issa-Sayegh (J.), Pougoué (P-G) et Sawadogo (M. F.), OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 1999

Pougoué (P-G.), Présentation et procédure en OHADA, éd. P.U.A., 1998

Pougoué (P.G.) et Kalieu (Y.) Anoukaha (F.) et Nguébou Toukam (J.), Le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique de l'OHADA, PUA, Yaoundé, 1998.

Pougoué (P.G.) et Kalieu (Y.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, PUA, 1999.

Price Waterhouse Cooper/ Fidafrica juridique et fiscal, Memento du droit des sociétés commerciales et du GIE OHADA, 1998.

Sambe (O.) et Diallo (M.I.), Guide pratique des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt (G.I.E.) OHADA, Editions comptables et juridiques, Dakar, 1998.

Tiger (Ph.), Le droit des affaires OHADA, éd PUF. 1999, Coll. « Que sais-je »

Yawaga (Spener), regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas droit du droit pénal OHADA, éd. Harmattan, 2009, p. 85.

C. OUVRAGE DE DROIT COMPARE EN GENERAL

Agostini (E.), Droit comparé, éd. PUF.1988

Ancel (M.), Utilité et méthode du droit comparé éd. Ides et Calendes, Neuchatel, 1971

Boulanger (F.), les nationalisations en Droit International privé comparé, Economica, Paris, 1975, P. 393.

Constantinesco (L.J.), Traité de droit comparé LGDJ, 1972. T ; III, la science des droits comparés, LGDJ, 1972 ; t. II, la méthode comparative LGDJ, 1974 ; t. III, la science des droits comparés, economica, 1983

David (R.) et Jauffret-Spinozi (C.), les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz, 10^è éd., 1992.

Ducouloux-Fayard (C.), La Société Anonyme en droit français, allemand et italien, LGDJ, 1969.

Duvillier (Thibaut), Crise de société et crise du droit. Des mutations sociétales au développement de l'espace public. éd. Charles Léopold Mayer, 2001.

Rodière (R), Introduction du droit comparé, Précis Dalloz, 1974.

Lenoble (J) et Cobbaut (R.) (éditeurs) (2003), *Corporate Governance: An Institutional Approach*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 271 p.

Salmon (A.), *Moraliser le capitalisme ?*, CNRS Éditions, Paris, 2010.

Van der Helm et Meyer, Comparer en droit, éd. CERDIC, 1991.

Wirtz (P.), *Les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise*, éditions La Découverte Paris 2008.

ZAHLE (H.), « The polycentricity of the law or the importance of legal pluralism for legal dogmatics » in H. PETERSEN and H. ZAHLE, Legal polycentricity: consequences of pluralism in law, Aldershot, Ashgate, 1995, pp. 185-200.

ARTICLES

A. DROIT FRANÇAIS.

Aussedat (J.), Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation : Rev ; Soc., 1974, p. 221

Badinter (R.), Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales : D. S. 1969, chr., p. 185 et s.

Bancel (F.) : La gouvernance des entreprises, Economica, 1997, 111 p.

Barreau (J.) : L'État entrepreneur, Logiques Économiques, L'Harmattan, 1990, 195 p.

Bauer (M.) et Bertin-Mouroit (B.) : L'accès au sommet des grandes entreprises françaises 1985-1994, CNRS et Boyden, Février 1995.

Barthélémy (J), Turbulences en droit des sociétés et du travail : JCP éd. E. 1987, II 15053.

Bastian (D.),

- La réforme du droit des sociétés commerciales : JCP éd. G. 1967, I.2121.

- La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce, in : Mélanges Cabrillac, 1968, p. 23 et s

Bertrel (J.P.),

- Le débat sur la nature de la société, in : Mélanges Sayag, 1997, p. 131 et s.

- Liberté contractuelle et société : RTD com. 1996, p. 595.

- Modernisation du droit des sociétés : ce que prévoit le « Rapport Marini » : Droit et patrimoine, oct. 1996, p. 16.

- Loi Madelin, principales innovations en droit des sociétés : Droit et patrimoine, mai 1994, p. 69.

Bissara (P.), L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et aléas des solutions : *Rev. Soc.* 1990. 553.

Bol (J.), l'entreprise publique comme instrument des politiques de l'Etat : le cas de la politique industrielle, *Rev. Du droit public et des sciences administratives*, institue belge des sciences administratives, 7è année, P. 116 et s.

Bouloc (B.), la disparition des sociétés commerciales et des registres du commerce, *Rev. Des sociétés*, 1978, pp 410-448.

Boutillier (M.), **Labye (A.)**, **Lagoutte**, **Lévy (N.)**, **Oheix (V.)**, "Financement et gouvernement des entreprises : exceptions et convergences européennes », *Revue d'économie politique*, juillet-août 2002.

Cabane (P.), Manuel de gouvernance d'entreprise, Editions Eyrolles, Mai 2013

Cabrillac (M.), Vers la disparition du droit commercial ? : Mélanges foyer, PUF, 1997.

CAFAGGI (Fabrizio), Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée, *Revue de Droit Economique* – 2013 – pp. 129-161.

Calais-Auloy (J.), Grandeur et décadence de l'article 632 du code de commerce, in *Mélanges Cabrillac*, 1968.

Calais-Auloy (M.T.), fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le prêt-lié, *J.C.P.* 1984, I. 3144.

Carbonnier, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, 6è éd. LGDJ, 1988 ; rapporté par Robert NEMEDEU, lors de son intervention au CRDP (Faculté de Droit de Nancy) le 19 janvier 2005.

Caveriviere (M.), **Debene (M.)**, la privatisation des entreprises publiques, *Rev. Soc.*, 1987, P. 203.

Chalandar (J. de), **Benzaid (R.)**, pourquoi des entreprises publiques ? Contribution au développement. Contribution à la table ronde de la session d'évaluation et de contrôle des investissements des entreprises publiques. I.I.A.P. Paris, 1985, P. 14 & s.

Champaud (C.),

- L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rapport du groupe d'études chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français : *R.T.D. com.* 1967 ? P ; 1003.
- Les méthodes du groupement des sociétés : *RTD com.* 1967, p. 1003.
- Contribution à la définition du droit économique : *D* 1967, chr. 215 et s

Champaud (C.) et Danet (D.), Les administrateurs dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques *R.T.D. com.* 2001, p. 935 et s.

Charmont, le droit et l'esprit démocratique, travaux et mémoires de Montpellier, Paris, Masson et cie éditeur, 1908, p. 16, rapporté par Robert NEMEDEU, lors de son intervention au CRDP (Faculté de Droit de Nancy) le 19 janvier 2005.

Chartier (Y.),

- L'évolution de l'engagement des associés : *Rév. Sociétés*, 1981
- La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 : *JCP éd. G, I* ; 2917.

Chevallier (Jacques), L'Etat régulateur, art. in *Revue française d'administration publique*, 2004/3 (n° 111).

Chevallier (Jacques), « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001, n° 49, pp. 825 sq ; **Chevallier (Jacques)**, L'Etat post-moderne, Paris, LGDJ, Coll. *Droit et Société*, 2è éd., 2004 n°35.

Colasse (B.), encyclopédie de comptabilité, contrôle de gestion et audit ; *Economica*, Paris, 2000, P 1 317.

Couret (A.),

- La loi sur les nouvelles régulations économiques, la régulation du pouvoir dans l'entreprise : *JCP éd. G.*, 2001, I, 339.

- La loi sur les nouvelles régulations économiques, les rapports financiers dans l'entreprise : JCP éd. G. 2001, I, 341.
- Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance : D. 1995, chron. P. 163.
- Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés : Rév. Soc., 1984, p. 243.

Dagot (M.), La reprise par une société commerciale, des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce : JCP, 1969, I, 2277.

Daigre,

- Le gouvernement d'entreprise : feu de paille du mouvement de fond : Droit et patrimoine, juill. 1996, p.23
- Vers un nouvel équilibre des pouvoirs dans les sociétés cotées, La corporate governance à la française
- Transformer les sociétés in : Travaux du colloque intitulé « De nouveaux espaces la liberté contractuelle
- La société unipersonnelle en droit français : RID comp. 1990, p. 665

Derrida (F.),

- La solidarité commerciale : RTD. Com 1953 p. 339
- De la nature juridique des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966, in : Etudes offertes à André Audinet, PUF, 1968, p.43 ET S ;

Derrupé (J.),

- La réforme du droit des sociétés commerciales : Gaz, Pal 1966, II. Doctr. P. 170
- Le sort de la société qui n'a plus qu'un seul associé, in : Mélanges en l'honneur de D. Bastian, t. I, Droit des sociétés, éd. Librairie Technique, 1974, p. 57 et s
- Les sociétés après la réforme de 1978, éd. CRIDON, Bordeaux Toulouse, juin 1979
- Le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un seul associé, Mélange Bastian, Tome I, Litec, Paris, 1974, P. 325 & s.

Ducouloux-Fayard (C.),

- Actionnariat et pouvoir : D 1995, chr., p. 177
- Notes de leçon sur le contrat social : D.S., 1997, chron. P. 319.

Dauvergne (M.), la responsabilité pénale des dirigeants des entreprises publiques, Rev. Des sciences criminelles, 1973, P. 623.

Flores (G.) et Mestres (J.), Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société : PA, 14 mai 1986, p.25.

Frison-Roche (Marie-Anne), Droit de la régulation, Recueil Dalloz, 2001, n°7, pp. 610.

Germain (M.),

- La société par action simplifiée JCP éd. E 1994, I, 341
- Naissance et mort des sociétés commerciales, in : Etudes dédiées à René Roblot, p. 217 et s.

Guyon (Y.),

- La société anonyme, une démocratie parfaite ! in : Mélanges en l'honneur Ch. Gavalda, Dalloz 1001, p. 133 et s.
- L'évolution récente des assemblées d'actionnaires en droit français : Mélanges Flattet, Lausanne 1985, p.39.

Hamel (J.),

- Les rapports du droit civil et du droit commercial en France, Rapport au congrès de la Haye, 1932, Ann. Dr. Com., 1933, p. 183 ;
- Droit civil et droit commercial en 1950, in : Mélanges : Ripert, t. II, p.121.

- Houin (R.) et Goré (F.)**, La réforme des sociétés commerciales : D. 1967, chr.
- Jauffret (A.)**, L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles, in : Mélanges Kayser, 1979, p.59 et s.
- Jauffret (A.)** Manuel de droit commercial, L.G.D.J. Paris, 1957, P. 343.
- Jean-Christophe Saint-Pau** « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », Gazette du palais, 10 février 2005, n°41, p.7
- Jean-Yves Maréchal**, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », JCP, 14 septembre 2009, hebdo, n°38.
- Jeandidier (W.)**, L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et à forme commerciale : D. 1979, chr. p. 7 et s.
- Jeantet (F. ch.)**, Aspects du droit économique, in : Mélanges Hamel, p.33.
- Jeantin (M.)**, le droit commercial de la crise : Revue procès : Revue Procès n°6, 1980, P ; 53.
- Juglart (M. de), IPPOLITO (B.)**, cours de droit commercial, 4è éd. Les sociétés commerciales, Monchrestien, Paris, 1971, P. 740.
- Kelher (D.)**, Le gouvernement des entreprises – quel enjeu pour les entreprises françaises : Les notes bleues de Bercy, janv. 1996, p. 78.
- Kevorkian**, Quelques critiques pragmatiques de la loi de 1966 : Gaz Pal. 1968 II, 97.
- Lafarge (P.)**, Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme : Mélanges Jauffret, 1974, 429.
- Le Cannu (P.)**,
- Les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 : Bull. Joly Sociétés, 2001, 165.
 - Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable : Rév. Soc., 2001 p. 633 et s.
 - Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions : Bull. Joly Sociétés, 1995, § 227, p. 637 et s.
 - L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même : Rév. Soc. 1996, p. 485 et s.
 - La loi Mandelin du 11 février 1994 et le droit des sociétés : Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 237 et s.
 - La société anonyme à directoire unique 20 ans après : Rév. Soc., 1986 p. 565.
 - La notion juridique d'entreprise : PA 14 mai 1986, p.19.
- Lefebvre (D.)**, La spécificité du droit commercial / RTD COM ; 1976, p. 285
- Libchaber (R.)** La société, contrat spécial, in : Mélanges Jeantin, Dalloz 1999, p. 281.
- Limpens (J.) et Van Damme (J.)**, De l'intégration du droit civil et du droit commercial en matière d'obligations, deuxième rapport belge, in : Travaux de l'association Henry Capitant, t. VIII, 1955.
- Lyon-Caen (Ch.)**, De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804, in : Livre du centenaire du Code civil, p. 205 et s.
- Malecki (C.)**, articles : l'Etat actionnaire, l'exemple atypique d'un grand actionnaire, cah. De dr. de l'entreprise, n° 5. sept.-oct. 2005. ; L'Etat actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques, D. 2005, cah. dr. Aff., p. 1028.
- Marty (J.P.)**, La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine : RTD com. 1981, p.681.
- Merle (Ph.)**, les conventions des groupes : P.A 4mai 2001, n° 89, p. 49.
- Merle (Ph.)**, Droit commercial, sociétés commerciales, 12^{ème} éd. Précis Dalloz, Paris 2008, 456, p. 549.
- Mestre (J.)** la société est bien encore un contrat, in : Mélanges Mouly, Litec, 1998, t. II. P. 131.
- Mestre (J.) et Florès (G.)**, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée Rév. Soc., 1986, p. 15.
- Morand (Charles-André)**, L'Etat propulsif, Paris Publisud, 1991.

MOULIN (R.) et BRUNET (P.), Droit public des interventions économiques, LGDJ, 2007, 327 p.

Oppetit (B.), Développement économique et développement juridique, in : Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, p.71 et s.

Oppetit et Sayag, Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés : Rév. Soc., 1973, p.577.

Plihon (D.), « Quel scénario pour la gouvernance d'entreprise ? Une hypothèse de double convergence », *Revue d'économie financière*, n° 63, 2001

Paillusseau (J.)

- La nouvelle société par action simplifiée. Le big bang du droit des sociétés commerciales : D. 1999, chr. 333.
- La modernisation du droit des sociétés commerciales : D. 1996 chr. P. 287.
- Le droit moderne de la personne morale : RTD civ. 1993, n° 4 p. 705.
- L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir : RID éco, 1993, p. 3.
- Le droit est aussi une science d'organisation et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques : RTD com. 1989, p. 1.
- Le big bang du droit des affaires à la fin du xx^e siècle : JCP éd. G. 1988, I, 3330.
- L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle : JCP éd. E. 1986, II, 14684, éd. G. I, 3242 ; PA 13 mai 1987, p. 87.
- Les fondements du droit moderne des sociétés : JCP éd. G. 1984, I, 3148.

Pirovano (A.), Introduction critique du droit commercial contemporain : RTD com 1985, p.219.

Rebérioux (A.), « Gouvernance d'entreprise et théorie de la firme », *Revue d'économie industrielle*, n° 104, 2003

Ripert (G.) La commercialisation du droit civil, in : Mélanges Maurovic, 1934 p. 269 et s.

Rodière (R.), Réflexion sur un avant-projet de directive de la commission des communautés européennes concernant les groupes : D.S. 1977, chr. 137.

Saintourens (B.),

- La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés : Bull. Joly sociétés 2002, § 101, P. 461 et s.
- Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques : Bull. Joly Sociétés 2002, § 1, P.7 et s.
- Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques : Bull. Joly Sociétés, 2002, chr. §1, P .7 et s.
- Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques : Rev.soc. 2001, P .515 et s.
- Les réformes du droit des sociétés par la loi relative aux nouvelles régulations économiques : Defrénois, 2001, n°37451, P. 1465 et s.
- Le bail commercial des non-commerçants, in : Mélanges Derruppé, 1991, P.93.
- La flexibilité du droit des sociétés : RTD com.1987, P.457.

Savatier (J.), Contribution à une étude juridique de la profession, in : Etudes offertes à J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 4 et s.

Savatier (R.), La nécessité de l'enseignement d'un droit économique : D. 1961, chr. XXII.

Savatier (J.), **Savatier (R.)**, **Leloup (J.M.)**, droit des affaires, 6^e éd. Sirey, Paris, 1980, P. 551.

Savy (R.), La notion de droit économique en droit français : AJDA, 1971, P 132 et s.

Sayag (A.), De nouvelles structures pour l'entreprise : JCP, éd .E 1985, I. 3217.

Schleifer (A.) & Vishny (R.), « A Survey of Corporate Governance », *The Journal of Finance*, vol. 52, juin 1997.

SCHILLER (Sophie), Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? Rev. Société 2011, 33 et S.

- SCHELLER (S.) et PAPRIZIO (F.)**, Les minoritaires sacrifiés dans les Entreprises de Tailles Intermédiaires (ETI), Recueil Dalloz, heb. 189^e année, 12 décembre 2013, N° 43/758, pp. 2841 à 2904, 2013.
- Schmidt (D.)**, Contrôle et action de concert : JCP éd. E., 2002, P.72 et s.
- Serlouten (P.)**, L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : D. 1985, chron. p. 187.
- Sinay (R.)**, Le nouveau droit de la constitution des sociétés commerciales : Rev.soc. 1966, P.246.
- Sortais (J-P.)**, La société unipersonnelle, in : Mélanges Bastian, t. I, op.cit., p.325 et s.
- Terray (F.)**, La société : une tradition bien vivante : JCP 1984, I. 3154.
- Thaller (E.)**, De l'attraction exercée par le Code civil et ses méthodes sur le droit commercial, in : Livre du centenaire du Code civil, p. 229.
- Thibault-Laurent**, Nature juridique de la souscription à une société anonyme : Rev. gén. dr. com., 1942, p. 261.
- Truchet (D.)**, Réflexions sur le droit économique public en droit français : RDP 1980, 1009 et s.
- Viandier et Armand**, Réflexion sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de société : transparence des personnalités et opacité des responsabilités : Rev. Soc. 1986 p. 557.
- ZAHLE (H.)**, « *The polycentricity of the law or the importance of legal pluralism for legal dogmatics* » in H. PETERSEN and H. ZAHLE, *Legal polycentricity: consequences of pluralism in law*, Aldershot, Ashgate, 1995, pp. 185-200.

B. DROIT DES PAYS D'AFRIQUE

1. Articles sur le droit africain en général

- Beaud (O.)**, Nationalisation et souveraineté, la nationalisation comme acte de puissance publique : petites affiches, 24 nov. 1995.
- Chalander (J. de)**, l'Etat et les entreprises publiques en Afrique noire, R.F.A.P., n° 32, oct.-déc. 1984, P. 18.
- Diabaté (M.)**, Examen de quelques grands problèmes théoriques et pratiques des sociétés et entreprises d'Etat en Afrique de l'Ouest : Annales de l'Université d'Abidjan, Ethno. Socio. F. (6), 1977, p. 5.
- M'baye (Kéba)**,
- Aspects juridiques du développement économique : Revue sénégalaise de droit, 1967 p. 21.
 - Le droit africain, ses voies et ses vertus : Revue sénégalaise de droit, mars 1970, n° 7 p. 5 et s.

2. Articles sur le droit commercial africain avant l'OHADA

- Colloque d'Abidjan** sur « le rôle des sociétés dans le développement économique » : Rev. Jurid. Pol. Ind. Et Coop., n° spécial, 1978.
- Deckon Kuassi (F.)**, réflexion sur les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA (suite et fin) Rev. Afr. droit écon. Dév. 2006, vol. III, n° 2, p. 73.
- Diop (O.)**, La qualité de commerçant et ses interrogations en droit gabonais : Penant, 1996, p.69 et suivant.
- Gomez (J-R.)**, Pour une orientation différente du droit des sociétés : l'institutionnalisation de la société simple et refus de la société impersonnelle : Revue congolaise de droit, 1991 n° 10, p. 152.
- Meissonnier (G.)**,
- Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés : Rev. Jurid. Pol. Ind. Et Coop. 1978, p. 331.
 - Droit des sociétés en Côte d'Ivoire : Prenant, 1976, n° 752 p. 187 et n° 753, p. 351.

Nguebou Toukam (J.), L'entreprise familiale. Etudes de droit camerounais : Juridis Info, 1995, n° 21, p. 59 et s. et p. 91 et s.

Nguihe Kante (P.), Réflexion Sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et para publiques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA.

Niama (J. M.),

- Commentaire de la loi n° 90/ 030 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun : Juris Info, n°5, 1991, p. 10 et s.

- Liberté du commerce et de la concurrence dans le cadre de la loi camerounaise du 10 août 1990 : Revue juridique africaine, 1991/ 2 & 3, p. 51 et s.

Pougoué (P.G.),

- Commentaire de la loi n° 89-021 du 29 décembre 1989 relative au recouvrement simplifié des créances civiles et commerciales : Juridis Info, n° 3, 1990, p. 38 et s.

- Scolie sur le projet de Code des sociétés UDEAC : Revue juridique africaine, 1991/1, p. 7 et s.

Sawadogo (F.M.), L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso : Revue burkinabé de droit, n° 26, 1994, p. 191 et s.

Vanderlinden (J.) les systèmes juridiques africains, PUF, Paris, 1983, P. 127.

Vignon (Yao Biova), réflexion sur la privatisation des entreprises publiques en Afrique, Ann. Univ. Benin, Série Droit - Econ. Tome XVI, 1996, p.141

3. Articles sur le droit OHADA

Abessolo (S), « **breves reflexions sur le nouveau droit des affaires en Afrique francophone** », **Hebdo informations**, n° 377, avril 1998.

Abarchi (D.), La supranationalité dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : Revue burkinabée de droit, 2000, n° 37, p. 9 et s.

Adjita (A.S.), L'achat par la société de ses propres actions, esquisse d'une étude comparative entre le droit français et le droit uniforme OHADA : RID éco., n°1, 2001, 41 et s.

Adotevi (A.), Les lacunes du nouveau droit des affaires harmonisé : J.A.E. (Jeune Afrique Economie), n° 265, juin 1998, p. 1 et s.

Agboyibor (P. K.),

- OHADA/ La CCJA a rendu ses premiers arrêts le 11 octobre 2001 : RDAI/IBLJ, n°8, 2001, p. 1015 et s.

- OHADA, Droit des affaires en Afrique : RDAI/IBLJ, n°8, 1999, p. 924

- OHADA, Droit des affaires en Afrique : RDAI/IBLJ, n°7, 1999, p. 819

- OHADA, Droit des affaires en Afrique : RDAI/IBLJ, n°6, 1999, p. 667

- OHADA, Droit des affaires en Afrique : RDAI/IBLJ, n°5, 1999, p. 578

- OHADA, Droit des affaires en Afrique : RDAI/IBLJ, n°2, 1999, p. 228

- Nouveau droit uniforme des sociétés : RDAI/IBLJ, n°6, 1998, p. 673 et s.

Agboyibor (P. K.), Récents développements du projet de d'harmonisation du droit des Affaires en Afrique (OHADA), Revue de droit des affaires internationales, n° 3, 1996.

Agboyibor (P. K.), OHADA, nouveau droit uniforme des sociétés, Revue de droit des affaires internationales, n° 6, 1998.

Adamou Rabani, « Le dualisme du droit pénal des affaires de l'espace Ohada », Ohadata D-05.

Alibert (J.), Justice et développement économique : le point de vue des entreprises, Afrique contemporaine, n° 156, avril 1990

Amossou-Guenou (R.), L'arbitrage dans le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires : RDAI/IBLIJ, 1996, p. 321 et s.

Ancel (J.P.), L'arbitrage et la coopération du juge étatique : Penant, 2000, n° 833 p. 170 et s.

Aquereburu (K.A.), La procédure d'injonction de payer, telle qu'elle est organisée par l'Acte Uniforme de l'OHADA constitue t - elle un recul par rapport à la loi togolaise du 20 avril 1988 : Penant, 1999, 287 p.

Bamba (A.), La procédure d'arbitrage devant la Cour Commune de justice et d'arbitrage : Penant, 2000, n° 833, p. 147.

Bolmin (M.), Bouillet – Cordonnier (G.), Medjad (K.), « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc » Journal du droit international, 1994, 375 p.

Boulanger (Ph.), L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : Rev. Arbitrage, 1999, n°3.

Bourdin (R.), La règle d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : Rev. Camerounaise de l'arbitrage, 1999, p. 10.

Brou Kouakou (M.), La protection des vendeurs de biens avec la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, l'apport du traité OHADA : Penant 2001, n°837, 300 p.

Diakhate (M), OHADA : un nouveau droit des affaires pour sécuriser l'investissement en Afrique ; sujet lors de la conférence internationale sur le commerce et l'investissement dont le thème général est « pour une Afrique qui tire bénéfice de la mondialisation » ; Dakar, Sénégal, 23-26 avril 2003.

DIEYE (Alioune), Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA, 3è éd. 2008.

Diouf (A.) et Ba (Y.), Vers une harmonisation réconciliant économique et juridique : MTM juin 1993, 1193 p.

Abdoullah Cissé, « Observations sur le droit pénal des affaires de l'Ohada », Coll. Droit Uniforme Africain, Bruylant, 2002, pp.239-

Fillie-Lambie (O.), Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services dans la zone OHADA : RDAI/IBLIJ, n° 8, 2001, 925 p.

Feliho (Gilles Sixte), expert juridique international, in Revue de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain, séminaire sous régional de sensibilisation sur le droit communautaire du 6 octobre 2003.

Fénon (A.),

- La mise en harmonie des statuts de sociétés anonymes en Côte d'Ivoire : Penant 1999, n° 831, 324 p.
- Le nouveau droit de l'arbitrage en Afrique (de l'apport de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA) : Penant 2000, n° 833, 126p.
- Le registre du commerce et du crédit mobilier : CJFE/CFCE, 1998, n° 2, 281 p.
- Les intermédiaires de commerce : CJFE/CFCE, 1998, n° 2, p. 293
- Bilan et perspectives de l'OHADA : Rev. Jurid. et Pol. Indépendance et coopération, septembre – décembre 2001, 243 p.

Fénéon (A.) et Delabrière (A.),

- Présentation générale de l'acte uniforme sur le droit commercial général : Penant, 1998, n°82, p. 136.
- La constitution du tribunal arbitral et le statut de l'arbitre dans l'acte uniforme OHADA : Penant, 2000, n° 833, p. 155 et s.

Fénéon (A.) et Gomez (J.R.), Le droit de la vente commerciale : CJFE/CFCE, 1998, n°2, p. 271.

Fénéon (A.) et Chassey (S.), La mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes au Burkina Faso : Revue Burkinabé de droit, n° 35, 1999, p. 78 et s.

Figa (F.), Traité OHADA, état de la question : MTM, 7 mai 1999, p. 937.

Forneris (X.), Harmonising commercial law in Africa: the OHADA: *Juris périodique*, n° 47, 2001, p. 77 et s.

Fontaine (M.), Le projet d'acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, *Revue de droit uniforme*, 2004-2, p. 253.

Gomez (J.R.),

- Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique, *Penant*, 1998, n° spécial OHADA, p. 145 et s.
- Réflexion d'un commercialiste sur le projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique : *Penant*, 1994, p. 317.

Ipanda, Le Traité OHADA et la loi nationale : www.ohada.com.

Issa-Sayeg (J.),

- L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc : *RJ com.* 1999, doct., p. 237.
- Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA : www.unidroit.org/french/publications/review/articles/1999-1.htm.
- Organisation des sûretés : *CJFE/C.F.C.E.*, 1998, n°2, p. 351.
- Présentation du projet d'acte uniforme de l'OHADA portant organisation : des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés, des procédures collectives d'apurement du passif : *Penant*, 1998, n° 827, p. 204.
- L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc : *Penant* 1997, n° 823, p. 5 et s. et n° 824, p. 125 et s.

ISSA-SAYEGH (Joseph), L'OHADA et le gouvernement des entreprises, mhtml : I ; *Nouv. Dossier/OHADA*, p. 7.

Kangambega (E. L.), Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA : *Penant*, 2000, n° 834, p. 304 et s.

Kenfack Douajni (G.),

- Les mesures conservatoires et provisions dans l'arbitrage OHADA : *Penant*, 2000, n° 833, p. 137 et s.
- L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA : *Penant* 1999, n° 830, 125 et s.
- Les conditions de la création dans l'espace OHADA, d'un environnement juridique favorable au développement : *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1998, n° 52, p. 39 et s.
- L'arbitrage CCJA : *Revue camerounaise de l'arbitrage* : 1999, p. 3.

Kirch (M.), Histoire de l'OHADA : *Penant*, 1988, n° 827, spécial OHADA, p. 129 et s.

Lauriol (Th.),

- L'intensification du processus d'harmonisation : *RDAl/IBLJ*, n° 6, 2001, p. 752 et s.
- Le droit OHADA passe à une vitesse supérieure : *RDAl/IBLJ*, n° 5, 2001, 596 p.

Lauriol (Th.) et Agboyibor (P.), les difficultés d'application du nouveau droit des affaires africain : *Les échos*, 18 mars 1998.

Leboulanger (Ph.), La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales *Penant*, 2000, n° 833, p. 166 et s.

Loues-Oble (J.), L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique : *RID comp.* 1999, p. 543 et s.

Martor (B.) et Thouvenot (S.), l'Uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA, *JCP ED* ; e, supplé. N° 5 au numéro 44 du 28 octobre 2004.

Mba Owono (C.), Le régime juridique des lettres de garantie dans l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés : *Penant*, 2001, p. 56.

M'baye (Kéba), L'histoire et les objectifs de l'OHADA, in Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p.4.

Mbilampido (W.), Réflexions iconoclastes sur l'OHADA : J.A.E., n° 267, 29 juin – 16 juillet 1998.

Meyer (Ph.), Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage : RDAI/IBLJ, 1999, n° 6, 629 p.

Modi Koko Bebey (H-D.), La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA: Rev. Soc. 2002, n° 2 avril.-juin, 255 p.

Ndoye (D.),

- OHADA, mythe et réalité : Revue EDJA, n° 27 1995, p.7 et s.
- Le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires, la constitution sénégalaise et les principes du droit processuel : Revue EDJA, n° 22, 1994, p. 15 et s.

Ndoye (D.) et Sakho (M.), Autopsie du traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires : Revue EDJA, n° 22, juillet-septembre 1994, p. 18 et s.

Nguihé Kanté (P.),

- Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA : Penant, 2001, n° 837, p. 245 et s.
- Réflexions sur la notion d'entreprise en difficultés dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA : Penant 2002, n°838, p. 5 et s.

Nsié (E.),

- La formation du contrat de vente commerciale en Afrique, analyse du titre II du Livre V de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général : Penant 1999, n° 329, p. 5 et
- La cour commune de Justice et d'Arbitrage : Penant, 1999, n° 828, p. 308 s.

Onana Etoundi (F), l'Etat justiciable en droit OHADA, préface du Dr Gaston DOUAJANI, 1^{ère} éd., mai 2010, coll. Droit au service du développement, p. 3 et s.

Onana Etoundi (F), Droit OHADA et Exécution provisoire, 1^{ère} édition, Octobre 2006, p. 26.

Onana Etoundi (F), Le rôle de la CCJA dans la sécurisation de l'environnement juridique et judiciaire des affaires : rapport avec les juridictions du fond et des cours de cassation, Journée OHADA de Bangui, mars 2007.

Ouro-Sama (R.), Harmonisation du droit des affaires : bon départ? J.A.E. n° 260, 16-29 mars 1998.

Ottoumou (J.C.L.),

- Le droit de rétention en droit OHADA : Penant, 2002, n° 838, p. 75 et s.
- La lettre de garantie OHADA : Penant, 2000, n° 834, p. 245 et s.

Pallisseau (J.), une révolution juridique en Afrique francophone, l'OHADA, in : Prospective du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin, éd. Dalloz, 1999 p. 93 et s.

Reynal (J.P.), Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du traité OHADA : Penant, 2000, n° 832, p. 5 et s.

Sall (A.), Le juge national et la publication des traités. A propos de l'inv. Traité de l'O.H.A.DA devant les juridictions sénégalaises : Revue EDJA n°42, 1999, p. 75 et s.

SANTOS (A. P.), présentation de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général, n° 11, p. 2.

Seck (A.) L'Afrique et le droit. Investir en Afrique, n°5, OHADA : Gaz. n°48, p, 49.

Tapin (D.) et Epessé (H.), Un nouveau droit des affaires en Afrique noire francophone : Dalloz affaires, n° 107, 1998, p. 361 et s.

Taty (G.), Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etat membres de la zone franc, Recueil Penant, n° 830.

- Tchakoua (M.)**, L'arbitralité des différends dans l'espace OHADA : Penant, 2001, n° 835, p. 5 et s.
- Yado TOE (Jean)**, "Quel ordre juridique dans les Etats de l'Afrique de l'Ouest ?", in : *Actes du Séminaire sous-régional sur La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Ouagadougou, 6-10 octobre 2003*, Ed. GIRAF (2004), 15-32, n° 8-9.
- Wamba (G.G.)**, La procédure simplifiée de recouvrement des créances
- Witz (C.)**, Plaidoyer pour un code européen des obligations, Dalloz 2000, n°5.
- Zerbo (Z.)**, Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des suretés : Penant 2001, n° 836, p. 125 et s.
- Zinzindohoué (A.)**, Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé : RDAI/IBLJ, n°2, 2000, p 227 et s.

C. DROIT COMPARE EN GENERAL

Ducouloux-Fayard (C.),

- La SARL en droit français, allemand et italien : RDAI/IBLJ, 1989, p. 242.
- La nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste : Rev. Soc., 1966, P. I.

Frommel (S.N.)

- Introduction à une étude de droit comparé des sociétés en Europe : Rev. Soc. 1976, p. 1.
- Le droit anglais des sociétés et son adaptation au droit des communautés européennes : Rev. Soc., 1975 p. 1.

Grisoli (A), Les sociétés d'une seule personne en droit comparé, in : Mélanges Jauffret, p. 361

Hopt (K.-J.), Le droit des groupes de sociétés, expérience allemande et perspectives européennes : Rév. Soc. 1987, p. 371.

JAUFFRET-SPINOSI (Camille), Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? (Etudes comparatives). Etudes offertes à René RODIERE, Dalloz 1981, p. 125.

Mouly (C.), La doctrine source d'unification internationale du droit : RID comp. 1986. P 351.

PRIEUR (J.), Droit des contrats et droit des sociétés, Etudes sayag, 1997, p. 12679 ; D. 1970, Législation p. 17.

SALAH (M.), Le dysfonctionnement de l'entreprise publique économique en Algérie, Revue internationale de droit comparé, 1991, vol. 43, n° 3, pp. 627-676.

Tallon (D.), Réflexions comparatives sur la distinction du droit commercial : Mélanges Jauffret, p. 648.

Tunc (A.),

- La révolution américaine, Présentation et application des « principes of corporate governance » : PA 27 sept. 1995, p. 5.
- Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats Unis et au Royaume Uni : RID comp. 1994 p. 49.
- La réforme du droit des sociétés en Grande Bretagne : Rev. Sociétés 1977, p. 195.

THESES ET MEMOIRES

A. DROIT FRANÇAIS.

Asselain (M.), La distinction des actes civils et de commerce, thèse Bordeaux, 1998

Amirault, Essai sur la notion de société, thèse Lyon 1970.

Bonnard, Le droit commun des sociétés, thèse Paris II, 1981

Bourdadelle-Zigioti (N.), La période constitutive d'une société ; thèse Bordeaux, 1991.

- Cartier-Bresson (A.)**, l'Etat actionnaire, thèse, Panthéon Assas (Paris II), Editeur, L.G.D.J. janv. 2010.
- Champaud (C.)**, Le pouvoir de concentration dans la société par actions, thèse Rennes, 1961.
- DESPAX (M.)**, l'entreprise et le droit, Thèse, L.G.D.J., 1957.
- FAYE Ehadji**, Le gouvernement de l'entreprise publique africaine et les relations de pouvoir, thèse, mai 1998.
- Fertensbert (J.)**, Recherche sur la notion de spécialité des personnes publiques, thèse dacty. 1976.
- KENMOGNE SIMO (A.)**, La protection des établissements bancaires contre la défaillance dans les pays d'Afrique Noire Francophone, thèse de doctorat, Université de Yaoundé II, 2005.
- KODA (Jimmy)**, L'application des Actes uniformes de l'OHADA, Thèse, Université de Paris-Est Créteil le 24 octobre 2008, pp. 47 et s.
- Hanoun (Ch.)**, Le droit des groupes de sociétés, thèse LGDJ, 1991
- LAFAGE (P.)** Le pouvoir de gestion du domaine public, Thèse, Université de Savoie, 2000.
- Laurent (Ch.)**, De la fusion du droit civil et du droit commercial, thèse Paris 1903.
- LASSEGUE (M.)**, La réforme de l'entreprise, Thèse, Toulouse, 1948.
- LEMERCIER (C.)**, La part du droit administratif dans la gestion du domaine privé de l'Etat, Thèse, Paris II, 1990.
- Caroline LEROY**, Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire, Thèse, 14 juin 2010 Université Paris-Est Créteil Val de Marne (Paris XII).
- Michoud (L.)**, Théorie de la personnalité morale, thèse Paris, 1932.
- MONSALLIER (M. Ch.)** Thèse, Aménagements contractuels du fonctionnement de la SA., LGDJ, 1998, n° 4 et s.
- Monteiro (C.)**, les entreprises publiques au Benin, Thèse, Université d'Orléans, P. 306.
- Nkotto Zengue**, Répartition des compétences législatives entre l'OHADA et les Etats parties : regard prospectif sur les rapports entre le législateur OHADA et le législateur national, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2005/2006.
- OPPETIT (B.)**, Les rapports des personnes morales et de leurs membres, thèse Paris, 1963, p. 55.
- Percerou (J.)**, la personne morale de droit privé et patrimoine d'affectation, thèse Paris, 1951.
- Poyet (M.)**, thèse, (Université de saint – Etienne). Le contrôle de l'entreprise publique : essai sur le cas français, p. 46, 2001.
- Roujou de Boubée (G.)**, Essai sur l'acte juridique collectif, thèse, Toulouse, 1961, LGDJ, 1961.
- Saintourens (B.)**, Essai sur la méthode législative : Droit commun et droit spécial, thèse Bordeaux, 1986.
- Truchet (D.)**, préface de l'Etat actionnaire, thèse, pp 2 et s.
- Viandier (A.)**, Notion d'associé, LGDJ, Thèse, Paris, 1978, p. 152.
- Voirin (P.)**. « De l'imprévision dans les rapports de droit privé », Thèse 1922.

B. DROIT DES PAYS D'AFRIQUE

- Balima (M.)**, Les sociétés commerciales en Afrique de l'Ouest, thèse, Dijon, 1979.
- BOCKEL (A.)**, La recherche d'un droit administratif africain, Ethiopiques n° 16, op.cit. 1978.
- Brou Kouadio (S.)**, Le contrôle de la constitution et du fonctionnement des sociétés commerciales en droit ivoirien, thèse Bordeaux, 1987
- Gomez (J.R.)**, Les Etats d'Afrique noire à la recherche d'un droit des sociétés, thèse, Montpellier 1989.
- Gonidec (P. F.)**, Les droit africains, évolutions et sources, LGDJ, Paris, 1976.
- DRESCH (Michel)**, Les entreprises publiques en Afrique noire, Ethiopiques n° 21, revue socialiste de culture négro africaine, janvier 2008
- Tigier (P.)**, Le droit des affaires en Afrique OHADA, PUF, Que sais-je, n° 3536.
- Vanderlinden J.**, Les systèmes juridiques africains, PUF, Que sais-je n° 2103.

SOURCES WEB

<http://www.ohada.com>
<http://www.unidroit.org>
<http://www.courdecassation.fr>
 <http://www.atrpt.bj>
 <http://www.uemoa.int>
 <http://www.gramond-associes.com>
[http : //www.senat.fr](http://www.senat.fr)
<http://www.cours-de-droit-administratif>
[http : //www.laviedesiddes.fr](http://www.laviedesiddes.fr)
[http : //www.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr)
 [http : //www.institut-idef.org](http://www.institut-idef.org)
 [http://www.oboulo.com-droit-prive-et-contrat/droit-des affaires](http://www.oboulo.com-droit-prive-et-contrat/droit-des-affaires)
 <http://www.droit-afrique.com>

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE.....	1
PREMIERE PARTIE	17
LA TRANSFORMATION DU PAYSAGE JURIDIQUE DES ENTREPRISES PUBLIQUES PAR L'INTRODUCTION DES REGLES NOUVELLES OHADA	17
TITRE I :	21
LES MUTATIONS DE LA NOTION D'ENTREPRISE PUBLIQUE DANS LE CADRE DU DROIT DE L'OHADA	21
CHAPITRE I : L'ENTREPRISE PUBLIQUE DETACHEE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE	24
Section I. L'application exclusive des règles relatives aux sociétés commerciales à l'Etat actionnaire	24
Pag. I. L'abandon de la distinction actionnaire de droit public et actionnaire de droit privé	25
A. L'Etat actionnaire assimilé à un actionnaire privé par l'AUSC et GIE	25
1) Un statut incident de l'Etat actionnaire	25
2) Une assimilation incertaine	27
B. L'égalité de traitement de l'actionnaire public et de l'actionnaire privé	28
1) Une égalité de droit	29
2) Une égalité imparfaite	30
Pag II. Le recul des prérogatives de puissance publique	32
A. L'incompatibilité de la notion de puissance publique avec le droit des sociétés	32
1) L'absence de référence à la puissance publique dans l'AUSC et GIE.....	33
2) L'absence inhérente au caractère contraignant de la puissance publique	34
B. La persistance de la puissance publique inhérente à l'Etat	34
1) L'Etat : une incarnation de la puissance publique.....	35
2) L'Etat : un défenseur de l'intérêt général	36
Section II. Le relatif affaiblissement du régime juridique de l'entreprise publique par le droit OHADA	39
Pag I. L'assimilation de l'entreprise publique à la société commerciale	39
A. L'immatriculation au RCCM obligatoire : le gage de la commercialité et de l'acquisition de la personnalité morale pour l'entreprise publique	40
B. L'accomplissement des actes de commerce par l'entreprise publique.....	41
Pag II. Les difficultés relatives à l'administration de l'entreprise publique à actionnaire unique43	
A. Un mode d'administration particulier	43
1) La pluralité des représentants de l'Etat actionnaire au sein du C A	44
2) L'assemblée générale pour une entreprise unipersonnelle.....	46
B. Les modalités de prise de décisions particulières	47
CHAPITRE II. LE TRANSFERT CORRELATIF DES POUVOIRS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AUX DIRIGEANTS SOCIAUX DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE	49
Section I. L'étendue des pouvoirs des dirigeants de l'entreprise publique	49
Pag. I. L'élargissement des pouvoirs légaux des administrateurs.....	50
A. Le pouvoir général d'administration	50
1) Un pouvoir théorique de nomination et de révocation.....	50
2) Le pouvoir d'autorisation préalable	51
B. Les pouvoirs d'orientation et de surveillance des dirigeants sociaux	54
1) Les pouvoirs élargis à l'égard de l'Etat actionnaire	54
2) Les pouvoirs limités à l'égard des tiers	56
Pag. II. La possible limitation des pouvoirs des dirigeants sociaux par les statuts	58
A. Le possible rétrécissement des pouvoirs des dirigeants sociaux par les statuts	58
B. L'interférence des autres organismes dans la gestion de l'entreprise publique	61

Section II. Les risques liés à l'exercice des pouvoirs par les dirigeants sociaux de l'entreprise publique	65
Pag. I. L'engagement de la responsabilité des dirigeants sociaux	65
A. La nature complexe de la responsabilité des représentants de l'Etat actionnaire.	66
1) La responsabilité de droit	66
2) La responsabilité administrative concurrente	69
B. Les sanctions encourues	71
1) Les infractions définies par l'acte uniforme	71
2) L'indétermination des sanctions pénales par l'AUSC et GIE.....	72
Pag. II. L'extension de la responsabilité des dirigeants sociaux à l'entreprise publique	73
A. La responsabilité pénale de l'entreprise publique.....	74
1) Une responsabilité sans faute	74
2) Une responsabilité fondée	76
B. L'efficacité des sanctions pénales applicables à l'entreprise publique	77
1) Une réalité prévue par l'AUSC et GIE	77
2) Une application mitigée	78
TITRE II :	83
LES TEXTES NATIONAUX RESIDUELS RESISTANT A L'APPLICATION DE L'AUSC ET GIE A L'ENTREPRISE PUBLIQUE	83
CHAPITRE I. L'APPARTENANCE DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE A LA PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC	85
Section I. L'Etat au centre de l'entreprise publique.....	85
Pag. I. La persistance des outils de la tutelle administrative.....	86
A. L'Invocation de l'intérêt public social par l'Etat dans la gestion de l'entreprise publique.....	86
1) Une référence justificative de l'action administrative dans l'entreprise publique	86
2) L'intérêt social de droit	88
B. Les modes d'intervention des tutelles ministérielles	90
1) Les décrets.....	91
2) Les directives ministérielles	92
Pag. II. La confrontation du droit administratif à l'AUSC et GIE	93
A. La dépendance textuelle de l'entreprise publique.....	94
1) La commercialité de l'entreprise publique.....	94
2) L'assujettissement de l'entreprise publique à l'AUSC et GIE voulu	95
B. La subsidiarité du droit administratif dans l'entreprise publique	96
1) La survie des règles éparses du droit administratif	96
2) L'altération des règles issues de l'AUSC et GIE	98
Section II : L'intervention de l'Etat pouvoir dans l'entreprise publique	99
Pag I : Une intervention distincte de celle prévue par l'AUSC et GIE.....	99
A. L'Etat réglementateur	99
B. L'Etat régulateur des sociétés commerciales	102
1) L'Etat modérateur	103
2) L'Etat arbitre	104
Pag. II. L'Etat redevable de ses actes et lois face à l'entreprise publique et aux tiers	105
Il revient de chercher à savoir d'une part, si l'intérêt des administrations publiques porteuses des actions étatiques doit être sacrifié et d'autre part, si l'intervention de l'Etat en tant que puissance publique dans l'entreprise publique doit se traduire par une équivalence en termes de responsabilité à l'égard de cette personne publique de droit privé ?	
Telles sont les questions auxquelles l'on se propose de débattre dans le présent paragraphe en analysant la finalité des actes de l'Etat dans l'entreprise publique (A) et la contrepartie de ses actes et lois en termes de responsabilité juridique (B).	105
A. La finalité des actes de l'Etat dans l'entreprise publique non commerciale	105

CHAPITRE II : L'INTERFERENCE DES REGLES DE DROIT INTERNE DANS LA GESTION DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE	110
Section I : L'interférence du droit interne voulue par l'AUSC et GIE	110
Pag. I. La partialité des dispositions de l'AUSC et GIE	111
A. Les renvois exprès de l'AUSC et GIE au droit interne	111
1) Une possibilité de choix laissée à l'entreprise publique	111
2) Un choix contrôlé	113
B. Le recours aux règles d'interprétation générale	114
1) La référence aux textes généraux	114
2) Les textes nationaux non harmonisés applicables	115
Pag. II. L'effectivité de l'application de l'AUSC et GIE	116
A. Les sociétés commerciales catégorisées	116
1) La particularité de l'entreprise publique	116
2) La subsistance des dispositions législatives spécifiques	117
B. L'exception à l'application de l'AUSC et GIE	118
1) Les exigences de l'article 916 de l'AUSC et GIE	118
2) Les difficultés liées à l'application de l'article 916	119
Section II. L'interférence imposée des procédures administratives à l'entreprise publique	120
Pag. I. La persistance des règles de gestion propres à l'Etat	120
A. L'entreprise publique dépendante des lois nationales sectorielles	121
B. L'entreprise publique soumise aux droits dérivés	122
1) La référence aux textes issus des autres institutions communautaires dans la gestion de l'entreprise publique	122
2) Les risques de conflits potentiels entre les normes	123
Pag. II. La possible intervention des organes créés par l'entreprise publique elle-même	124
A. Les organes complémentaires	125
1) Les comités facultatifs	125
2) Les comités subsidiaires	126
B. L'organe supplétif	126
1) Un organe à caractère « politique »	127
2) Un organe adapté	128
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	129
DEUXIEME PARTIE :	131
L'APPLICATION STRATIFIEE DES REGLES DU DROIT INTERNE ET DE L'AUSC ET GIE A L'ENTREPRISE PUBLIQUE	131
TITRE I : UNE COHABITATION JUSTIFIEE	135
CHAPITRE I. La force du lien organique	137
SECTION I. La qualité « publique » de l'actionnaire	137
Pag. I. Le caractère administratif des actes pris par l'Etat	137
A. Une évidence originelle	138
B. Le silence éloquent de l'AUSC et GIE	139
Pag. II. L'impossible privatisation des actes administratifs dans l'entreprise publique	140
A. Le caractère privé de l'entreprise publique mis à mal	140
B. Un engagement voulu par l'Etat à travers les statuts	142
SECTION II. L'incertaine séparation des fonctions de l'Etat puissance publique et de l'Etat actionnaire	144
Pag. I. Les fonctions de l'Etat actionnaire identifiables	145
A. Les prérogatives et les devoirs de l'Etat actionnaire par adaptation	145
1) L'exercice des prérogatives de l'Etat actionnaire par adaptation	145
2) Les devoirs de l'Etat actionnaire adaptés	146
B. Les fonctions de puissance publique écartées	148
1) La notion de puissance publique perceptible dans la gestion de l'entreprise publique	148

2) Le maintien de la puissance publique incarnée par la tutelle	149
Pag. II. L'impérieuse séparation des fonctions de l'Etat puissance et de l'Etat actionnaire	150
A. L'adoption des règles garantissant une gestion transparente	151
1) Une dissociation entre la propriété et la gestion	151
2) Une faible implication des dirigeants sociaux dans le gouvernement de l'entreprise publique.....	152
B. L'indépendance corrélatrice des dirigeants sociaux	153
1) L'AUSC et GIE dominé par l'idée de la gouvernance d'entreprise	154
2) La dissociation entre les fonctions d'actionnaire et de dirigeants : une exigence de l'AUSC et GIE	155
CHAPITRE II : L'incapacité du droit administratif à s'appliquer à l'entreprise publique commerciale	158
SECTION I. Un domaine matériel inadapté	158
Pag. I. L'application du droit administratif liée à l'activité de l'Administration	159
A. Les activités administratives exclues du commerce	159
1) Le caractère administratif des services publics	159
2) Les activités en vue d'un intérêt public	160
B. L'accomplissement des actes de commerce par la personne morale de droit public	161
1) L'exploitation d'un service public commercial	161
2) Le service public dépositaire des biens de l'Etat	162
Pag. II. Le droit administratif lié à la nature des rapports entre l'Administration et les administrés	162
A. Le droit des relations entre l'Administration et les administrations	163
1) L'exercice des prérogatives de puissance publique	163
2) La rupture du lien organique	163
B. Le droit administratif comme un droit des personnes inégales.....	164
SECTION II. Les caractéristiques du droit administratif inadéquates.....	166
Pag. I. L'autoritarisme des règles du droit administratif exclu dans l'AUSC et GIE.....	167
A. Les risques d'inégalité juridique entre les sociétés commerciales.....	167
1) Les procédés exorbitants inapplicables dans l'entreprise publique	167
2) Les privilèges en droit administratif exclus dans l'entreprise publique.....	168
B. L'inégalité voulue par l'AUSC et GIE : une influence du droit administratif.....	170
1) L'admission de l'inégalité dans les clauses statutaires	170
2) L'éviction de l'arbitraire	171
Pag. II. L'autonomie des règles du droit administratif	174
A. L'application des règles spéciales	174
1) Le commandement comme moyen d'expression en droit administratif	175
2) Le reflet de la souveraineté étatique	175
B. Le caractère interprétatif des règles du droit administratif	176
2) Le relatif caractère jurisprudentiel du droit administratif	178
TITRE II. UNE APPLICATION DEPENDANTE DES AMENAGEMENTS	181
Chapitre I. Une application négociée	183
Section I. La reconnaissance de la primauté des règles de l'AUSC et GIE sur les principes du droit administratif	183
Pag. I. L'ouverture aux initiatives législatives des Etats parties voulue par l'Acte uniforme	184
A. Une ouverture contrôlée par l'AUSC et GIE	184
1) Un instrument de restriction des initiatives législatives nationales	184
2) Un contrôle obligatoire de la conformité des textes juridiques pris par les Etats parties	186
B. La réorientation du juge judiciaire dans ses décisions	187

1) L'application évidente des règles du droit OHADA à l'entreprise publique par le juge judiciaire	187
2) L'application exceptionnelle des principes du droit administratif par le juge judiciaire	188
Pag. II. L'encadrement de la marge de manœuvre judiciaire par le droit OHADA	189
A. L'Etat actionnaire soumis au juge judiciaire	190
Section II. La conciliation entre les règles l'AUSC et GIE et les règles de protection de l'intérêt général	195
Pag. I. la réduction des dispositions impératives	195
A. L'absolutisme des dispositions de l'AUSC et GIE dépassé	195
1) Le caractère incertain des dispositions impératives applicables à l'entreprise publique	196
2) L'impérieuse précision des dispositions impératives dans l'AUSC et GIE	197
B. L'éviction des règles de puissance publique	198
1) Les privilèges inapplicables à l'entreprise publique	199
2) L'extension des contraintes à l'Etat	199
Pag. II. Les règles de l'intérêt social privilégiées	200
A. L'intérêt social réduit à l'intérêt de l'entreprise publique	201
1) Un critère de définition des abus et d'orientation des dirigeants sociaux	201
2) Un critère de délimitation des interventions de l'Etat actionnaire	202
B. L'intervention de l'Etat justifiée par le lien de propriété	203
1) Les règles du droit de propriété inadaptées	203
2) Le lien de propriété entre l'Etat et les biens de l'entreprise publique dépassé	204
Chapitre II. Des aménagements possibles	206
Section I. La redéfinition des pouvoirs des organes sociaux dans le respect de l'AUSC et GIE	206
Pag. I. L'adaptation des règles relatives aux Assemblées Générales	206
A. Une assemblée générale dépolitisée	207
1) Une assemblée générale indépendante	207
2) Une relation de concertation entre les dirigeants sociaux	208
B. Le renforcement des pouvoirs de l'assemblée générale	210
1) L'amélioration de la politique d'information	210
2) L'accroissement de l'autorité de l'assemblée générale	212
Pag. II. L'introduction des règles de surveillance mutuelle entre les organes de l'entreprise publique	213
A. L'assouplissement du caractère hiérarchisé des organes sociaux	214
1) La restauration du principe de spécialité des organes sociaux	214
2) Une indépendance encadrée	215
B. La surveillance mutuelle entre les dirigeants sociaux	216
1) La surveillance mutuelle individualisée	216
2) L'effectivité de la surveillance dans l'entreprise publique	218
Section II. Le complètement des statuts de l'entreprise publique	219
Pag. I. Le recours aux textes nationaux dans le fonctionnement de l'entreprise publique	220
A. Le recours aux textes nationaux par nécessité	220
1) La possible insertion des règles de droit national dans les statuts de l'entreprise publique	221
2) Le recours à un acte séparé	222
B. La prise en compte des dispositions de l'AUSC et GIE obligatoire dans l'acte extrastatutaire	223
1) L'effectivité de l'autorité de l'acte extrastatutaire	223
2) La primauté des statuts sur les actes extrastatutaires	225

